
VE
RI
TAS

HANDBUCH

DES

DEUTSCHEN
HANDELS-, SEE- UND WECHSELRECHTS.



HANDBUCH

DES

DEUTSCHEN

HANDELS-, SEE- UND WECHSELRECHTS.

UNTER MITWIRKUNG

DER HERREN

Prof. Dr. BRUNNER in Berlin, Prof. Dr. COHN in Heidelberg, Prof. Dr. GAREIS in Giessen, Prof. Dr. GRÜNHUT in Wien, Geh. Bergrath Prof. Dr. KLOSTERMANN in Bonn, Geh. Ober-Finanzrath KOCH in Berlin, Prof. Dr. KÖNIG in Bern, Prof. Dr. KUNTZE in Leipzig, Prof. Dr. LASTIG in Halle, Prof. Dr. LEWIS in Berlin, Justizrath PRIMKER in Berlin, Rechtsanwalt Dr. REATZ in Giessen, Prof. Dr. REGELSBERGER in Breslau, Prof. Dr. SCHOTT in Kiel, Prof. Dr. SCHROEDER in Würzburg, Ministerialrath Dr. Frhr. von VÖLDERNDORFF in München, Prof. Dr. WENDT in Jena, Prof. Dr. WESTERKAMP in Marburg, Prof. Dr. WOLFF in Göttingen

HERAUSGEGEBEN

VON

DR. W. ENDEMANN,

ORD. PROFESSOR DER RECHTE AN DER UNIVERSITÄT BONN.

ERSTER BAND.

EINLEITUNG. BUCH I: DIE PERSONEN DES HANDELSRECHTS.

LEIPZIG,

FUES'S VERLAG (R. REISLAND).

1881.

Vorwort.

Als vor mehr als drei Jahren das Projekt eines umfassenden Handbuchs des Handels-, See- und Wechselrechts angeregt wurde, bedurfte es einigen Zuredens, um den Unterzeichneten zur Uebernahme der Herausgabe zu bestimmen. Schliesslich entschied die auch von Anderen getheilte Ueberzeugung, dass es in der That wünschenswerth sei, den grossen Stoff zu einer systematisch geordneten Darstellung zu vereinigen. Dazu liessen die vorhandenen Kommentare des Handelsgesetzbuchs und der Wechselordnung, sowie die vorhandenen Lehr- oder Handbücher, jedenfalls Raum. Das gross angelegte Werk Goldschmidts könnte nur, wenn es vollendet wäre, eine vollständige und ausführliche Bearbeitung, wie sie hier geboten werden soll und für die Praxis wie die Wissenschaft Bedürfniss ist, überflüssig machen. Auch schien es dem gewaltigen Umfang der Aufgabe gegenüber, wenn anders das Ziel in nicht zu ferner Zeit erreicht werden sollte, geboten, in Anwendung des Grundsatzes der Arbeitstheilung die Ausführung durch Theilnahme einer Mehrzahl von Fachgenossen herbeizuführen.

Es wurde deshalb ein „Plan für die Bearbeitung" aufgestellt. Dieser sprach sich über die Richtung des ganzen Unternehmens folgendermaassen aus:

„Was beabsichtigt wird, ist eine eingehende **Darstellung des Handelsrechts, einschliesslich des Seerechts, und des Wechselrechts in seinem dermaligen Bestande.** Das geltende Recht nachzuweisen, und zwar so vollständig als möglich, ist das Hauptziel. Insofern handelt es sich wesentlich um ein für den praktischen Gebrauch bestimmtes Buch. Allein es kann keineswegs die Absicht sein, nur eine äusserliche Zusammenstellung der Resultate der handelsrechtlichen Literatur und Judikatur zu liefern, die sich von mehreren derartigen Versuchen nur durch den grösseren Umfang unterscheiden würde. Vielmehr ist, worauf auch schon die systematische Anordnung des Stoffs hindeutet, überall auf den Zusammenhang und die innere Begründung der Lehren volle Rücksicht zu nehmen und neben dem praktischen der wissenschaftliche Karakter durchaus zu wahren.

Zu diesem Behufe ist selbstredend, so weit als thunlich, die **dogmengeschichtliche Begründung** nicht ausser Augen zu setzen. Man wird sich freilich hierbei auf die Grundzüge, Nachweise des vorhandenen Materials und der Literatur beschränken müssen. Detailirte geschichtliche Darstellung auf der Basis der von der Wissenschaft bis jetzt gewonnenen Resultate, geschweige denn breitere Entwickelung selbständiger Forschungen und Ansichten verbieten sich bei der Weitschichtigkeit des Materials von selbst.

Auch im Uebrigen ist in der **doktrinellen Begründung** Maass zu halten. So wenig es ausgeschlossen sein kann, die von den Schriftstellern des Handelsrechts aufgestellten oder besprochenen „Theorien", z. B. die Personifikationstheorie der Gesellschaften, die Repräsentationstheorie der Stellvertretung, Werththeorie u. dgl., zu berühren, ja so nothwendig es sich mitunter erweisen wird, sie zu erwähnen und zu kritisiren, so ist doch stets festzuhalten, dass das Hauptziel darein gesetzt wird, den Bestand des geltenden Rechts zu schildern. Soweit es zur Erklärung und Begründung des letztern nöthig ist, fordern die von der Doktrin aufgestellten Theorien, Definitionen und Rubriken gebührende Berücksichtigung. Aber die Darstellung soll darum nicht den Zuschnitt annehmen, als ob die doktrinelle Entwickelung eine Hauptaufgabe sei. Es genügt, wenn die in der Wissenschaft vertretenen Theorien in ihren Grundzügen angegeben und durch Literaturnachweise dem Leser die Gelegenheit geboten wird, den Stand der Lehrmeinungen genauer zu prüfen.

Von demselben Standpunkt aus bestimmt sich ferner die den **Kontroversen gegenüber** zu beobachtende Haltung. Dieselben dürfen natürlich nicht übergangen werden, und es ist nöthig, eine bestimmte Ansicht über deren Entscheidung aufzustellen. Aber es kann nicht als Aufgabe gelten, sich in eine langwierige Auseinandersetzung der abweichenden Meinungen zu vertiefen und die eigene Meinung mit weit ausholenden Begründungen zu vertreten. Vielmehr hat sich die Lösung der bestehenden Zweifel auf die Vorführung der unentbehrlichen Gründe in knapper Form zu beschränken.

Was die Benutzung des reichen **literarischen Materials** des Handelsrechts anlangt, so darf nicht übergangen werden, was irgend von Erheblichkeit ist. Es ist bereits bemerkt worden, in welcher Weise für die theoretische Begründung und die schwebenden Streitfragen die nöthigen Nachweise zu geben sind. Ebenso wird durchweg zu verfahren sein, wenn es sich darum handelt, die in dem Text entwickelten Sätze zu begründen. Unstreitig wird jeder Bearbeiter darauf Bedacht nehmen, darin nicht blos dem nächsten praktischen, sondern auch dem wissenschaftlichen Bedürfniss Genüge zu leisten.

Ebendeshalb ist da, wo dies sich nothwendig erweist, die Anknüpfung und **Anlehnung an das bürgerliche Recht** nicht zu vernachlässigen, mithin bei wichtigen Punkten der Nachweis aus den Quellen und der Literatur des letztern nicht zu vergessen.

Dass aber insonderheit auf die **Quellen und Literatur des Handelsrechts** Gewicht zu legen ist, braucht kaum betont zu werden. Als Quellen sind für ein Werk, welches eine getreue Uebersicht des dermaligen Rechtsbestandes bezweckt, selbstredend auch die Entscheidungen der Gerichtshöfe, namentlich die des obersten Reichsgerichtshofes zu betrachten. Ausserdem verdient besonders hervorgehoben zu werden, dass es wünschenswerth ist, an den geeigneten Stellen auch die Usanzen der Haupthandelsplätze nicht übergangen zu finden. Hinsichtlich der Anführung der Quellen und Literatur muss, wenn nicht absolute Vollständigkeit, doch soviel erzielt werden, dass nichts Wesentliches übergangen bleibt und durch Citate die Gelegenheit geboten ist, sich nach jeder Richtung hin weiter zu informiren.

Endlich ist es nützlich, so viel als thunlich die parallelen Institute und Rechtssätze der **fremden Handelsrechte** zu berücksichtigen, wenn man sich auch bescheiden wird, dass eine tiefer eingehende, geschweige denn eine erschöpfende Darstellung des fremden Rechts und seiner Behandlung in Theorie und Praxis füglich nicht verlangt werden kann.

Ein Hauptaugenmerk möchte auf die **Art der Darstellung** zu legen sein. Aus dem bereits Bemerkten ergibt sich, dass das Werk keineswegs etwa ausschliesslich oder vorwiegend für die Kreise der Geschäftsleute oder anderer sog. Laien geschaffen werden soll. Es ist vielmehr zunächst für die Fachmänner des Handelsrechts, Theoretiker wie Praktiker, bestimmt. Allein, wenn demgemäss keine populäre Darstellung in dem gewöhnlich damit verbundenen Sinn, so wird doch eine gemeinverständliche Darstellung, die unbeschadet der wissenschaftlichen Gründlichkeit auch dem gebildeten Nichtjuristen die Lektüre und den Gebrauch des Buchs möglich macht, dem letztern zur Zierde und zum Vortheil gereichen."

Zugleich schloss sich eine genaue Aufstellung des Inhaltes in systematischer Ordnung an. Sie ist bei der Bearbeitung bis auf wenige untergeordnete Abänderungen festgehalten worden.

Unverkennbar bereitete diese systematische Eintheilung besondere Schwierigkeiten in Betreff der **Vertheilung der Materien unter die Mitarbeiter.** Konnte und wollte man das Ganze mit Verzicht auf eine wirklich systematische Ordnung in eine Serie höchstens lose verbundener Abhandlungen zerlegen, so liess sich die Vertheilung verhältnissmässig leicht bewirken. Galt es dagegen, systematische Ordnung und systematischen Zusammenhang aufrecht zu erhalten, so erschien es keineswegs leicht, die einzelnen Abschnitte so zu vertheilen, dass einerseits eine selbständige Bearbeitung ermöglicht, andererseits die Gleichmässigkeit und innere Verbindung gewahrt wird. Gewisse Abschnitte oder Kapitel bilden allerdings selbständige Aufgaben und könnten unbedenklich verschiedenen Bearbeitern überlassen werden. Dies gilt insbesondere von den Hauptgruppen der Handelsgeschäfte, die den Gegenstand des dritten Buchs bilden. Allein an anderen Stellen zeigt sich nothwendig zwischen Materien, die um des Systems willen an verschiedenen Stellen behandelt werden

müssen, eine so enge, ja untrennbare Verbindung einzelner Theile, die aus Gründen der Systematik an verschiedenen Punkten einzureihen sind, dass sie nicht wohl in verschiedene Hände gelegt werden durften. Darauf weist ganz besonders der Zusammenhang hin, der theilweise zwischen dem Stoff des zweiten und des dritten Buchs besteht und der deshalb nöthigte, einzelne Theile des zweiten Buchs demselben Bearbeiter zu übertragen, der gewisse Partieen des dritten Buchs übernahm.

Ueberhaupt erschien es nicht zweckmässig, den Stoff in zu kleinen Partieen unter die Mitarbeiter zu vertheilen. Daraus würde leicht eine mosaikartige Zusammensetzung von lauter Detailbeiträgen entstehen, die weder dem Bearbeiter Befriedigung gewähren, noch auch, weil es fast unmöglich sein würde, dabei für die gehörige innere Verbindung zu sorgen, dem Werke erspriesslich wäre. Es ist daher darauf Bedacht genommen worden, soweit als thunlich umfassendere Abschnitte zu formiren, die für die Bearbeitung immerhin möglichst ein Ganzes bilden.

Daran ist dann auch im Ganzen fesgehalten worden. Abgesehen von der Vertheilung der Materien in dem dritten Buch, bei der ein Uebergreifen von einem Abschnitt in den andern nicht ganz zu vermeiden war, aber auch nach der Bedeutung der betreffenden Gegenstände vollkommen statthaft erscheint, wird nur die Vertheilung der Lehre von den Handelsgesellschaften in Buch 1 Abschnitt 3 dieses ersten Bandes einer Erläuterung bedürfen. Dass die Darstellung der Aktiengesellschaft und Kommanditaktiengesellschaft einem besonderen Bearbeiter überwiesen wurde, liegt in der Natur der Sache. Nicht so, dass die Kommanditgesellschaft einen anderen Bearbeiter gefunden hat, als die übrigen Handelsgesellschaften und namentlich die offene. Dies erklärt sich daraus, dass Herr Professor Dr. Lastig aus bestimmten Gründen die Bearbeitung der ersteren ablehnte. Für die bereitwillige Uebernahme dieses einzelnen Stücks muss der Herausgeber Herrn Professor Dr. Wendt besonders dankbar sein.

Mit Genugthuung kann erwähnt werden, dass der Plan überall bei den Fachgenossen, denen er mitgetheilt wurde, Anklang fand. Für die meisten Abschnitte liessen sich rasch erprobte Mitarbeiter gewinnen.

Ueber die Bedenken, die der Herstellung eines solchen Sammelwerks entgegentreten, durfte man sich freilich nicht täuschen. Abgesehen von mancherlei praktischen Schwierigkeiten minder wichtiger Art war vorauszusehen, dass die allgemeinen Direktiven, die der Plan gab, natürlich nicht im Stande sein würden, Ungleichmässigkeiten in der Bearbeitung der einzelnen Theile je nach der Eigenart und der Auffassung des einzelnen Bearbeiters, Unzulänglichkeiten in Bezug auf den inneren Zusammenhang mit anderen Theilen und selbst Widersprüche in Bezug auf manche Fragen, die in verschiedene Theile einschlagen, unter den verschiedenen Verfassern zu verhüten. Eine Vereinigung von Autoren zu einem Zweck, wie dem vorliegenden, kann nicht Konferenzen abhalten oder Korrespondenzen pflegen, um eine Verständigung über einheitliche Hauptgrundsätze, ge-

schweige denn über untergeordnetere Punkte zu erzielen. Eben so wenig stehen dem Herausgeber Mittel zu Gebote, um auch nur annähernd diejenige Einheit der Methode in Auffassung, Begründung und Darstellung herbeizuführen, die einem aus der Hand eines einzigen Verfassers hervorgegangenen Werk beiwohnt.

In dieser Hinsicht sei ausdrücklich hervorgehoben, dass der Herausgeber nach seiner im Plan abgegebenen und strikt befolgten Erklärung, sich nur die Befugniss zu rein äusserlichen Dispositionen, Abänderungen oder Zusätzen der eingesandten Beiträge vorbehalten hat. Im Uebrigen hat derselbe von vorn herein darauf verzichtet, irgend welche Aenderungen von materieller Bedeutung an den letzteren vorzunehmen. Die Leistungen der Mitarbeiter sind also als durchaus selbständige zu betrachten.

Immerhin gelingt es vielleicht, dass trotz dieses offen angedeuteten Mangels, der dem Sammelwerk nothwendig eigen ist, durch das Ganze das Ziel, welches vorschwebte, nemlich ein vollständiges Bild des bestehenden Handelsrechts in wissenschaftlich und praktisch brauchbarer Form zu liefern, erreicht wird.

Die Fortsetzung des auf vier Bände berechneten Werks wird sich in rascher Folge anschliessen und das Ganze im Laufe des nächsten Jahres vollendet werden können.

Bonn, im Oktober 1881.

Der Herausgeber

Professor Dr. **W. Endemann.**

Inhaltsverzeichniss

zum ersten Band.

Einleitung.

(Bearbeitet von Professor Dr. Endemann zu Bonn.)

Erstes Buch.

Die Personen des Handelsrechts.

Abschnitt 1.

Von den Kaufleuten.

(Bearbeitet von Ministerialrath Dr. Freiherr von Völderndorff zu München.)

Abschnitt 2.

Die Hülfspersonen.

(Bearbeitet von Professor Dr. Wendt zu Jena.)

Abschnitt 3.

Die Handelsgesellschaften.

Abschnitt 4.

Die eingetragenen Genossenschaften.

(Bearbeitet von Professor Dr. Wolff zu Göttingen.)

Einleitung.

I. Der Handel.

§ 1.

A. Begriff und Wesen des Handels.[1])

Im Sinne der Volkswirthschaft **ist Handel der gesammte Umsatz** von wirthschaftlichen Gütern jeder Art, welcher die Verbindung zwischen Produktion und Konsumtion bewirkt.[2]) Handel ist mithin, objectiv genommen, identisch mit der gesammten Bewegung der Güter, mit dem gesammten Verkehr derselben. An diesem weitesten und objektiven Begriff kann festgehalten werden, wenn das Recht des Handels im allgemeinen Verkehrsrecht aufgeht. Es bedarf alsdann keiner spezielleren Definition; wie dies der Standpunkt des römischen Rechts ist.[3])

Wird aber das Handelsrecht als ein getrennter Theil des Verkehrsrechts hingestellt, so ergiebt sich die Nothwendigkeit einer **engeren Begrenzung des Begriffs.** Es liegt dann nahe, denselben im subjektiven Sinne, als die auf die Vermittlung des Güterumlaufs, und zwar des Erwerbes halber, gerichtete Thätigkeit zu definiren.[4]) Der Handel ist darnach das Handeln, die Thätigkeit des Händlers, d. h. desjenigen, welcher den Güterumsatz um des Erwerbes willen treibt. Und folgeweise umfasst der objektive Begriff des Handels die Summe der aus jener Thätigkeit entspringenden Verkehrsakte und Verkehrsgeschäfte.

Handel als Thätigkeit des Umsatzes bildet einen eigenen **Erwerbszweig**

---

[1]) Es kann sich nach dem Zwecke unseres Werks nicht darum handeln, diese Materie so eingehend zu behandeln, wie es von Goldschmidt Hdb. § 40, 41 mit den reichsten Literaturangaben geschieht. Hier nur soviel, als zur näheren Bezeichnung des Gegenstandes des Handelsrechts erforderlich ist.

[2]) Endemann, H.R., § 1, Not. 1. — Unbestimmt Thöl H.R. § 1 z. A.

[3]) Es findet das Wesen der mercatura in dem emere und vendere, ohne irgend eine technische Abscheidung vorzunehmen. Vgl. Goldschmidt § 41 Not. 2.

[4]) So Goldschmidt § 40 z. A., woraus dann die Polemik in Not. 2 folgt. Vgl. aber auch den Text bei Not. 2b. — Auch Thöl § 1 geht davon aus „Der Handel ist ein Gewerbe."

erst, nachdem der ursprünglichste und roheste Zustand des Verkehrs, der des Tausches um des blossen Gebrauchswerthes willen, überwunden ist. Die Entstehung des Handels in diesem Sinne ist bereits Ausfluss des Prinzips der Arbeitstheilung. Ebendeshalb wird nun nach bestimmenden Momenten gesucht, um diejenige Unterscheidung von anderen Thätigkeiten zu finden, die bestimmt erkennen lassen, was Händler und Handel ist.[5])

Mit dem Begriff des Umsatzes oder Absatzes der Güter um des Erwerbs willen ist aber das Wesen des Handels noch nicht erschöpft. An die Thätigkeit, welche den Umsatz selbst durch die Tausch-, Kauf- oder sonstigen Uebertragungsgeschäfte, sei es zu definitivem, sei es zu leiheweisem Erwerb eines Andern, bezweckt, schliesst sich, je weiter die Arbeitstheilung durchgeführt, je umfassender und verwickelter der Handelsverkehr wird, eine Reihe von anderen Geschäften und speziellen Thätigkeiten zur Beförderung der Umsatzthätigkeit an.

Letztere kann man **den eigentlichen Handel** nennen und innerhalb desselben denjenigen unterscheiden, der sich unmittelbar durch Umsatz zwischen dem Produzenten und dem Konsumenten vollzieht, und denjenigen, bei welchem zwischen diesen beiden Betheiligten der Gegenstand des Umsatzes verschiedene Hände durchläuft.[6]) **Objekt** eines solchen direkten oder indirekten Umsatzes ist Alles, was Tauschwerth hat; mithin nicht nur Sachengut im weitesten Sinn, wozu nicht blos das Geld und dessen Surrogate, sondern auch Kredit, Firma, Urheberrecht, Forderungen und Schulden[7]) als unkörperliche Güter gehören, sondern auch Arbeitsleistung jeder Art.[8]) Die Güter werden, insofern sie Gegenstand des Handels sind, Waaren genannt.[9]) Allein auch dieser Begriff pflegt bei seiner Bestimmung behufs der rechtswissenschaftlichen Definition des Handels enger genommen zu werden. Man bezeichnet nicht leicht die Arbeit als Waare oder Gegenstand des handelsmässigen Umsatzes, denkt vielmehr dabei regelmässig nur an Sachengut.[10]) Allerdings kann die Bethätigung der Arbeitskraft nicht in gleicher Weise Objekt des Umsatzes werden, wie Sachengut. Sie ist eben wesentlich Gegenstand jenes anderen Haupttheils des Handels, welcher neben dem eigentlichen Handel zu berühren ist.

Auch nicht jedes Sachengut gilt als Gegenstand des Handelsumsatzes; nicht jedes unkörperliche, aber auch nicht einmal jedes körperliche. Denn es wird,

---

[5]) Während bei den Römern die mercatura ein ungetrenntes Stück der negotiatio st; s. Goldschmidt § 41, Not. 1.

[6]) Goldschmidt § 40, Not. 2b.

[7]) Goldschmidt § 41, Not. 8a.

[8]) Goldschmidt § 40, Not. 5a. ff. und Not. 25.

[9]) Goldschmidt § 40, Not. 24.

[10]) Vergl. über die Bedeutung der merx im römischen und mittelalterlichen Recht. Goldschmidt § 40, Note 24. Die kanonistischen Schriftsteller mussten den noch engeren Begriff der merx legalis suchen, mit der allein ein rechtlich erlaubter Handel existiren konnte; Endemann Z. f. H.R. Bd. 5, S. 344 und H.R. § 75, Not. 4. Geld war namentlich keine Waare im rechtlichen Sinn. Daran erinnert das auch noch von Neueren aufgestellte Erforderniss der Handelswürdigkeit. Goldschmidt das. Note 25.

wenn auch keineswegs mit voller Durchführung, doch prinzipiell der Umsatz, der sich mit unbeweglichen Gütern befasst, vom Begriffe des Handels ausgeschlossen. Nach altem Herkommen soll, so wenig dies begrifflich geboten erscheint, der Handel nur mit beweglichen Sachen zu thun haben. [11])

Für bewegliche Sachen besteht keine andere Schranke, als diejenige, die etwa durch besondere den Umsatz verbietende Rechtsvorschriften gesteckt wird. Namentlich ist nach heutiger Auffassung der Begriff des Handels nicht mehr von der Unterscheidung abhängig, ob der Umsatz körperlicher Waaren in veränderter oder unveränderter Gestalt vor sich geht. Die kanonistische Doktrin erachtete streng genommen nur denjenigen Handel für legitim, welcher die Sachengüter in veränderter Gestalt, also nach Bearbeitung oder Verarbeitung, umsetzte. Hier war der Gewinn um der Zuthat von Arbeit willen gerechtfertigt, während der Geldgewinn aus Umsatz ohne Veränderung als Ergebniss blosser Geldspekulation mindestens bedenklich erschien. [12]) Später haben dann, nachdem dieser der Wucherlehre entstammende Grund hinfällig geworden war, Viele gerade umgekehrt nur den Umsatz in unveränderter Form für echten Handel erklären wollen. [13]) Jetzt steht fest, dass der Begriff des handelsmässigen Umsatzes, wenn er auch zunächst und hauptsächlich auf Umsatz in unveränderter Form bezogen wird, auch den Umsatz nach vorgängiger Bearbeitung oder Verarbeitung in sich schliesst. [14]) Diese letztere Verbindung führt dann, wenn man nicht will, dass jeder Umsatz derjenigen, die sich mit Bearbeitung oder Verarbeitung beschäftigen, zum Gebiet des Handels gerechnet wird, nothwendig zu einer weiteren Unterscheidung; nemlich zu der des blos handwerksmässigen Betriebs, bei dem die Bearbeitung als das vorwiegende, der Absatz als das untergeordnetere Moment erscheint, und des grösseren, fabrikmässigen Betriebs, bei dem Bearbeitung und Absatz mindestens gleich wichtig sich darstellen.

Ausser dem eigentlichen Handel gehören zum Begriffe des Handels, den das Handelsrecht unterstellt, alle diejenigen Thätigkeiten und Geschäfte, welche nicht den Umsatz selbst ausführen, wohl aber dessen Ausführung mittelbar unterstützen oder ermöglichen. Man mag in diesem Sinn von **Hülfsgewerben und Hülfsgeschäften** des Handels reden; [15]) freilich ohne damit die Meinung zu verbinden, als ob in dem Ganzen des Handels dieser Theil von untergeordneter, nebensächlicher Bedeutung wäre. Es liegt in der Natur der Sache, dass auf minder entwickelter Stufe der Handelsverkehr solcher Thätigkeiten nur in geringerem Maasse bedarf oder sie wenigstens nicht als eigene Zweige der Handelsthätigkeit kennt. Je mehr sich der Handel ausbreitet und vervollkommnet, desto mehr weist das Bedürfniss auf Arbeitstheilung hin, desto mehr lassen sich selbständige Thätigkeiten unterscheiden, welche insofern nur mittelbar auf das Ziel des Handels gerichtet sind, als ihr nächster Zweck nicht der

[11]) Goldschmidt § 41, Not. 16 ff. Davon das Nähere unten in § 17.
[12]) Endemann, nationalökonomische Grundsätze der kanonischen Lehre. S. 171.
[13]) S. die Citate bei Goldschmidt § 41, Not. 1.
[14]) Goldschmidt § 41, nach Not. 7.
[15]) Goldschmidt § 41, Not. 4 ff.; Thöl § 1, S. 5.

Umsatz selbst ist. So hat sich die ganze Menge der Transport-, Vermittlungs-, Sicherungs- und Erleichterungsgeschäfte [16]) gebildet, die sämmtlich zum Handel gehören und nach heutigen Verhältnissen grossentheils besondere Gewerbezweige darstellen. Zugleich sind sie aber ihrem Wesen nach auch Umsatzgeschäfte, indem sie die Anschaffung und die Verwerthung namentlich von Arbeitsleistung, jedoch zum Theil auch anderer Güter oder Leistungen enthalten. Indessen werden die Hülfsgeschäfte, welche unter die berührten Rubriken fallen können, nicht sämmtlich und nicht unbedingt, vielmehr nur unter bestimmten Voraussetzungen, insbesondere unter der des gewerbsmässigen Betriebs oder der Kaufmannseigenschaft, für handelsmässig erklärt. [17])

Hiernach ergibt sich, dass der **Begriff des Handels**, den das Handelsrecht zu Grunde legt, um dessen Umfang juristisch zu bestimmen, keineswegs einfach und überall sicher ist. Die Künstlichkeit der Abscheidung zeigt sich auch schon in den darauf bezüglichen Bestimmungen früherer Partikularrechte. [18]) Sie zeigt sich ebenso nach dem H.G.Buch, dessen verwickelte Bestimmungen über die Handelsgeschäfte und die Zuständigkeit des Handelsrechts [19]) auf dem dargestellten Begriff des Handels beruhen. [20])

Mag der Umfang des Handels weiter oder enger genommen werden, so steht soviel fest, dass nur der Umsatz oder Verkehr **gegen Entgelt** gemeint ist. [21]) Dem Handel ist es um den Tauschwerth aller von ihm umgesetzten Güter, auch der Arbeit, zu thun. Der Tauschwerth drückt sich aus in dem Preise, der in Geld oder anderer Gestalt als Gegenwerth unmittelbar genommen oder kreditirt wird. Daraus folgt, dass wenn nicht jeder Umsatz, sondern nur die der Vermittlung des Güterumlaufs zugewendete Erwerbsthätigkeit Handel zu nennen ist, zu dem Wesen des letzteren entweder auf der Seite des Veräusserers, oder auf der Seite des Erwerbers, oder auch bei beiden **Gewinn- oder Spekulationsabsicht** gehört. [22]) Gewinnabsicht ist regelmässig und von selbst der Grund jeder Erwerbsthätigkeit. Indem darüber die heutige Lehre einverstanden ist, wie sich namentlich bei der Entwicklung der Handelsgeschäfte zeigt, steht sie auch hier wieder in vollem Gegensatz zu der kanonistischen Lehre. Diese musste die Absicht, aus dem puren Umsatz Geldgewinn zu machen, gerade als das Moment ansehen, welches den Handel wucherisch und daher widerrechtlich machte. [23])

Aus dem engeren Begriff des Handels entspringt ferner dessen Gegensatz

---

[16]) Goldschmidt § 40 nach Not. 5. Thöl a. a. O. — Dahin gehören die Geschäfte der Mäkler, Kommissionäre, Spediteure, Frachtführer, Rheder u. s. w.

[17]) Eine Uebersicht der Handelsgewerbe, eingetheilt in sechs „Massen", gibt Thöl § 26—28.

[18]) Deren Thöl § 1, Not. 1 eine Reihe anführt.

[19]) S. darüber unter § 13 ff.

[20]) v. Hahn, Komm. zu Art. 1, § 2.

[21]) Goldschmidt § 40, Note 8.

[22]) Goldschmidt § 40, Note 13 und die zahlreichen Citate das. Note 14.

[23]) Endemann, nat. Grundsätze S. 92 ff., insbesondere über das Verbot carius vendere quam emere. S. 25 ff.

zur Produktion. Der Handel soll eben nur die Vermittlung des Güterumlaufs sein. [24]) Mithin scheidet sich sowohl die Veräusserung, die der Produzent mit den von ihm erzeugten Produkten vornimmt, als auch die Veräusserung an den Konsumenten und der Erwerb von Seiten des letzteren [25]) aus.

Dass für das Wesen des Handels, wenn gleich der gesammte Handel als Umlauf oder Bewegung der wirthschaftlichen Güter bezeichnet werden kann, im juristischen Sinne nicht nothwendig Ortsveränderung und folglich Transport Erforderniss ist, darf jetzt als allgemein anerkannt gelten. [26])

Endlich ist auch die Gewerbemässigkeit kein nothwendiges Element des Handelsbegriffs mehr. [27]) Das Handelsrecht und damit der juristische Begriff des Handels ist nicht mehr auf die Kaufleute beschränkt, wie da, wo das Handelsrecht lediglich als Standesrecht der gewerbsmässigen Kaufleute auftritt. Darum ist jedoch nicht ausgeschlossen, die Gewerbemässigkeit und die Kaufmannseigenschaft als Maassstab mit zu benutzen, [28]) wenn es gilt, den Umfang der Handelsgeschäfte zu bestimmen.

§ 2.

B. Arten und Zweige des Handels.

Man unterscheidet verschiedene Arten und verschiedene Zweige des Handels. Indessen haben für das Privatrecht des Handels die betreffenden Unterscheidungen [1]) nur theilweise Werth.

1. Nach der Richtung, die der Handel nimmt, wird in Gegensatz gestellt **Binnen- oder inländischer und Aussen- oder auswärtiger Handel,** je nachdem er sich innerhalb eines einzigen Staatsgebietes bewegt, oder die Grenze überschreitet. Der Aussenhandel ist entweder Einfuhr- oder Importhandel, oder Ausfuhr- oder Exporthandel, oder Transit-, Zwischen- oder Durchfuhrhandel. [2]) So wichtig dieser Gegensatz in wirthschaftlicher und handelspolitischer Beziehung werden kann, so wenig verdient er besondere Berücksichtigung im Handelsprivatrecht.

2. Der Unterschied von Landhandel, der die Transportwege des Landes, Landstrassen, Eisenbahnen, Flüsse, Kanäle und Binnenseen benutzt, und von Seehandel, der vermittelst Transportes auf dem Meere stattfindet, wird insofern

[24]) Goldschmidt § 40, Not. 16. Vgl. Not. 22b. — Die wirthschaftliche Frage, ob der Handel, der keine Güter erzeugt, Werthe erzeugt, ist hier nicht zu besprechen.

[25]) Endemann H.R. § 1, Note 5.

[26]) Anders nach den kanonist. Doktrin. Transport war wirkliche Arbeit und daher erschien, wo Transport war, der Gewinn aus dem Handel legitim, während er sonst, wenn der Kaufmann nicht einmal transportirte, dem Bedenken der usura ausgesetzt war. Daher die Hauptrechtfertigung des cambium als transportatio imaginaria. Endemann, Studien I, S. 110.

[27]) Goldschmidt § 40, Not. 18.

[28]) S. unter § 16.

[1]) Endemann H.R. § 2; Goldschmidt Hdb. § 46. Thöl § 37.

[2]) Goldschmidt a. a. O. IV; Thöl a. a. O. IV. — Vollends braucht vom Aktiv- und Passivhandel oder der Handelsbilanz des Imports und Exports hier nicht die Rede zu sein.

bedeutsam, als der letztere zu besonderen Erscheinungen führt, welche den Gegenstand des Seerechts bilden.[3])

3. Eine ganze Reihe von Unterarten lässt sich aufstellen nach dem Gegenstand, wie **Waaren-, Geld-, Effekten-, Buchhandel** u. s. w.[4]) Der Natur der Sache nach ergeben sich aus der Verschiedenheit des Objekts leicht auch Verschiedenheiten der damit befassten Geschäfte, die für die Rechtsbehandlung wichtig werden.

4. Ebenso verhält es sich mit der Unterscheidung von **Proper- oder Eigenhandel** und **Kommissionshandel**, je nachdem der Handel auf eigene oder auf fremde Rechnung getrieben wird. Der Kommissionshandel führt zum Kommissionsgeschäft, das sich seinerseits von demjenigen Betrieb unterscheidet, welcher nur in Stellvertretung oder behufs Vermittlung stattfindet, und besonderer rechtlicher Regelung bedarf.[5])

5. Nicht minder entspringen im Gegensatz zu dem **Platzhandel**, der unter an demselben Ort anwesenden Betheiligten vor sich geht und zu dem ebensowohl der vom Käufer aufgesuchte Laden-, als auch der vom Verkäufer aufgesuchte Hausir- und der von beiden an einem fremden Ort gesuchte Mess-, Markt- oder Börsenhandel gehört,[6]) aus dem **Distanzhandel** eigenthümliche Vorkommnisse, die zu besonderen Rechtssätzen Anlass geben; wie sich namentlich an dem Distanzkaufgeschäft zeigt.

6. Von hervorragender Wichtigkeit erscheint endlich der Gegensatz von **Gross- und Kleinhandel.**[7]) Der natürliche Einfluss, den man, wie die geschichtliche Betrachtung lehrt, stets diesem Gegensatz in Bezug auf die soziale und wirthschaftliche Stellung der Gross- und Kleinhändler,[8]) sowie auch der Unterscheidung von Fabrik und Handwerk[9]) beigemessen hat, bedarf hier keiner näheren Ausführung; ebensowenig die Verschiedenheit der Behandlung, die sich daraus für das Verwaltungsrecht ergibt. Eine prinzipielle Abgrenzung ist zwar mehrfach versucht oder angestrebt worden, hat sich aber, soweit davon die Anwendung des Handelsrechts bedingt, namentlich auf den Grosshandel beschränkt sein soll, immer mehr als undurchführbar erwiesen.[10]) Die Ueberzeugung von der Undurchführbarkeit wurde auch bei der Berathung des H.G.Buchs gewonnen. Man konnte sich nicht entschliessen, eine Scheidung in der Weise vorzunehmen, dass das H.G.Buch nur auf den Grosshandel berechnet wäre.[11])

---

[3]) Dass die Küstenschifffahrt oder Cabotage in mehreren Richtungen eine besondere Stellung einnimmt, s. Goldschmidt Not. 2.

[4]) Goldschmidt a. a. O. I.

[5]) Goldschmidt a. a. O. IIa.

[6]) Goldschmidt a. a. O. III.

[7]) Goldschmidt a. a. O. VI.

[8]) Goldschmidt das. Not. 5.

[9]) Goldschmidt Not. 9.

[10]) Siehe darüber Goldschmidt Not. 5a; vgl. auch Not. 14 und insbesondere über das am meisten auf Gleichstellung abzielende französische Recht Note 16, über die daraus entsprungenen Uebelstände Not. 17.

[11]) Ueber die Anträge und den Gang der Berathungen s. den Bericht bei Goldschmidt a. a. O. Not. 19—24; zur Kritik Not. 24a.

Unter solchen Umständen ist es vom rechtlichen Standpunkt aus nicht nothwendig, innerhalb des eigentlichen Handels eine genauere Begriffsbestimmung des Gross- und des Kleinhandels zu suchen.[12])

Allein, wenn auch das H.G.Buch an sich gleichmässig auf den Gross- und Kleinhandel bezogen werden muss und wenn demgemäss nicht blos die Grosshändler, sondern auch die Kleinhändler unter den Begriff der Kaufleute nach Art. 4 fallen, so hat es doch nach einigen Richtungen hin unterschieden zwischen Handelsbetrieb von grösserem und Handelsbetrieb von geringem Umfang, und ebenso zwischen grösserem fabrikmässigen Betrieb und Handwerk.[13]) Die rechtlichen Folgen erweisen sich in Art. 272, Nr. 1, 3, 5 und Art. 273 bei der Begriffsbestimmung der Handelsgeschäfte, sowie an dem Gegensatz der Voll- und Minderkaufleute, auf welchen Art. 10 führt.[14])

7. Endlich ist auch der Unterschied von **gewerbemässigem und nicht gewerbemässigem Handel** zu erwähnen.[15]) Gewerbemässig ist der Handel, welcher durch Einrichtung eines dazu bestimmten Geschäfts oder Etablissements zu dem Zweck betrieben wird, um daraus eine dauernde Erwerbsquelle zu machen. Der Zusammenhang mit der Gewinn- oder Spekulationsabsicht ist klar. Nicht gewerbemässiger Handel ist die Summe derjenigen Geschäfte, welche, sei es auch in der Absicht, Gewinn zu erzielen, vereinzelt von solchen gemacht werden, die den Handel nicht als ständige Erwerbsquelle und seine Ausübung nicht als Beruf betrachten.

Die nach dem Verwaltungsrecht bestehenden Vorschriften über den gewerbemässigen Betrieb sind hier nicht darzustellen.[16]) Wohl aber ist schon hier darauf hinzuweisen, dass von der Gewerbemässigkeit des Betriebs theilweise der Charakter der Geschäfte als Handelsgeschäfte und folgeweise die Zuständigkeit des Handelsrechts abhängt.[17])

---

[12]) Goldschmidt Not. 6—8.
[13]) Thöl § 37, III.
[14]) S. darüber unten in Abschnitt 1 des ersten Buchs das Nähere.
[15]) Thöl § 30.
[16]) S. auch darüber unten Abschnitt 1 des ersten Buchs.
[17]) S. unten § 15.

II. Das Handelsrecht.

§ 3.

A. Begriff desselben.

Handelsrecht ist im weiteren Sinn die Summe aller derjenigen Normen, welche sich auf die Rechtsverhältnisse des Handelsverkehrs beziehen.[1]) Dazu gehört auch ein grosser Theil des sonstigen Rechts. Wenn ein von dem letzteren getrenntes Handelsrecht existirt, so ist dieses im engeren Sinne zu definiren als die Summe aller der eigenthümlichen Normen, welche in Handelssachen gelten.

Ausgeschlossen wird hier **das öffentliche Recht des Handels**, das Verwaltungsrecht, welches lediglich die administrativen, finanziellen, prozess- und strafrechtlichen Beziehungen des Handels regelt, sowie das Völkerrecht desselben, welches sich namentlich in Staatsverträgen verkörpert.[2])

Die vorliegende Darstellung beschäftigt sich nur mit dem **Privatrecht des Handelsverkehrs**, neben welchem aber theilweise auch dem öffentlichen oder Verwaltungsrecht angehörige Bestimmungen in Betracht kommen.[3]) Als selbständiger Theil des Handelsrechts wird herkömmlich das Seerecht angesehen;[4]) und mit dem Handelsrecht steht nahe in Verbindung das freilich keineswegs nur für den Handelsverkehr existirende Wechselrecht.

Die Kenntniss des Handelsrechts setzt Kenntniss des Handels voraus. Für die wissenschaftliche Erklärung ist letztere nicht blos Hülfswissenschaft, sondern vielfach geradezu Grundlage.

Die Kenntniss alles dessen, was zu dem Handelsbetrieb gehört, ist die **Handelswissenschaft**, die, wenn sie im weitesten Sinn genommen wird, auch das Handelsrecht mit umfasst. Als Bestandtheile gehören ihr an die Waaren-,

---

[1]) Vgl. über die folgenden Definitionen Thöl § 4; Goldschmidt § 1; Endemann § 3.

[2]) Eine Uebersicht der 1879 bestehenden Handelsverträge des deutschen Reichs, siehe nach dem Reichsanzeiger in Hirth's Annalen 1879, S. 562 ff.

[3]) Endemann. Not. 5. Goldschmidt Not. 5.

[4]) Allenfalls auch das Versicherungsrecht, wozu jedoch minder Ursache. Seerecht und Wechselrecht bilden daher im Folgenden besondere Abschnitte. Das Versicherungsrecht s., abgesehen von der Seeversicherung, unten in Buch 3, Abschn. 9.

Maass-, Gewichts-, Geld- und Münz-, Wechselkunde, die Lehre von der Buchführung, Korrespondenz, Komtoirwissenschaft überhaupt, die Lehre des Handelsbetriebs, seiner Einrichtungen und seiner Ausführung nach rationellen Grundsätzen (Privathandelspolitik).[5]) Ebenso die Handelsstatistik und Handelsgeographie.

Von besonderer Wichtigkeit für die geschichtliche Entwicklung des Handelsrechts wird die Geschichte des Handels und insbesondere für die dogmengeschichtliche Darstellung des Handelsrechts die Geschichte der nationalökonomischen Ansichten.[6]) In gleicher Weise ist für die Erklärung und Begründung des bestehenden Handelsrechts die **Kenntniss** der gegenwärtig herrschenden **wirthschaftlichen Prinzipien** unentbehrlich.[7])

In der Gestaltung des Rechts, die kein Willkürprodukt ist und niemals von der Doktrin nach theoretischen Prinzipien geleitet wird, muss sich das Wesen des Handels und der Erscheinungen, welche er hervorruft, ausprägen. Die Uebereinstimmung mit dem realen Leben aufrecht zu erhalten, ist die erste Aufgabe der Gesetzgebung, aber nicht minder auch die Aufgabe der Theorie. Ueberall lehrt die Vergangenheit und die Gegenwart, wie schwer es der Theorie fällt, diesen Zusammenhang zu wahren. Sie würde sonst nicht so häufig sich der Meinung hingeben, als ob die Rechtsbildung durch die von ihr gefundenen doktrinellen Sätze beherrscht würde, und nicht immer wieder versuchen, die von ihr aufgestellten Rubriken als unumstössliche Axiome zu betrachten, denen sich die Wirklichkeit zu fügen hätte, während es sich gerade umgekehrt verhalten muss.

Und soviel sollte sich, was das Handelsrecht betrifft, von selbst ergeben: das Recht, welches den Verkehr mit den wirthschaftlichen Gütern, Sachengut aller Art und Arbeit, zum Gegenstande hat, muss nothwendig beeinflusst, ja abhängig sein von den wirthschaftlichen Prinzipien, welche für diesen seinen Gegenstand maassgebend sind. Wie Geld und Gut und Arbeit nach den im Verkehr herrschenden Ansichten betrachtet werden, darin liegt die beste Erklärung auch der Rechtsgrundsätze, die sich mit ihnen beschäftigen.

---

[5]) Thöl § 3. Goldschmidt § 2 und über Encyclopädien der Handelswissenschaft § 7, I a. E.

[6]) S. über beides weiter § 4.

[7]) Goldschmidt § 2, Not. 4; vgl. dazu auch § 3, Not. 11, 12. Siehe über die Literatur dieser Wissenszweige die Angaben bei Thöl § 2 und Goldschmidt § 2. Sie hier zu wiederholen erscheint überflüssig. Sodann mag darauf hingewiesen werden, dass die Z. f. H.R. in ihren Literaturübersichten auch alle erheblicheren Erscheinungen der Handelswissenschaft und Nationalökonomie aufzählt. Siehe z. B. Bd. 19, S. 338; Bd. 20, S. 319, 661; Bd. 21, S. 614. Ueber die Bedeutung insbesondere der nationalökonomischen Dogmatik siehe Endemann H.R. § 11.

§ 4.

B. Uebersicht der geschichtlichen Entwicklung des Handelsrechts.

1. Die leitenden Gesichtspunkte.

Das Handelsrecht hat sich allmählich von dem übrigen Verkehrsrecht als ein Sonderrecht [1]) abgetrennt. Unser Verkehrsrecht ruht, wenn auch nicht ausschliesslich, doch zum weitaus grössten Theil auf dem römischen Recht. [2]) Nur in geringem Maasse haben auf die Bildung desselben, zumal im Gebiete des Obligationenrechts, deutschrechtliche Ideen eingewirkt. Das Meiste zur Entwicklung des Handelsrechts in seiner neueren Gestalt haben freilich die im Vergleich zu dem römischen Recht wesentlich veränderten realen Zustände des Handels, die in diesen sich bildenden Gewohnheiten und die in verschiedenen Perioden wechselnden, oft geradezu entgegengesetzten wirthschaftlichen Begriffe beigetragen, deren Einfluss die Rechtslehre und die Gesetzgebung sich nicht entziehen konnte.

I. **In dem bürgerlichen Recht der Römer** [3]) existirte keine Abtrennung des Handelsrechts. Erst allmählich entwickelte sich aus den primitiven Kulturzuständen der ältesten Zeit heraus ein Handelsverkehr, der sich zugleich mit der Ausdehnung der politischen Herrschaft immer mehr ausdehnte. [4])

Selbst auf seinem Höhepunkte reicht er jedoch nicht an den Umfang des heutigen Handels. Zugleich unterscheidet er sich von demselben wesentlich durch die zu Grunde liegenden wirthschaftlichen Verhältnisse und Auffassungen. [5])

---

[1]) S. über die Bedeutung dieses Begriffs unten § 20.

[2]) Thöl § 5, der jedoch die Bedeutung und den Werth des röm. Rechts übertreibt; s. auch Goldschmidt § 37 Not. 11.

[3]) Literatur über Handel und Handelsrecht des Orients im Alterthum und Griechenlands s. bei Goldschmidt § 4, I u. II.

[4]) An einer eingehenden Spezialdarstellung der Handelszustände im röm. Reich fehlt es noch immer. Vieles von Erheblichkeit findet sich bes. bei W. A. Becker, Handbuch der röm. Alterthümer, fortgesetzt von Marquardt; in Mommsen, Röm. Geschichte, s. hauptsächlich Buch I, Kap. 11. 12; Buch III, 1. 12. 19; Buch IV, 2. 31; Buch V, 11; in Ihering Geist des Röm. Rechts, in Bd. 2. 3. zerstreut. Friedländer, Darstellungen aus der Sittengeschichte Roms, 3 Bde. 1862—1871. Arnold, Kultur und Recht der Römer 1868. Interessant für die Stellung der Handwerker und Händler in den Munizipien: Nouv. revue historique. Juill. Août 1879 p. 371.

[5]) S. über diese, Herrmann, diss. exhibens sententias Romanorum ad oeconomiam universam v. nationalem pertinentes, 1823; Tydemann, disquisitio juridico-politica de oeconomiae publicae notionibus in corpore juris civilis Justin. 1839; v. Scheel, die wirthsch. Grundbegriffe im Corpus juris civ. in Hildebrands Jahrb. für Nationalökonomie, Jahrg. 4. Bd. 1 S. 324; Buder, zur ökonom. Karakteristik des röm. Rechts, in der Zeitschr. für die ges. Staatswiss. Jahrg. 33.

Handel, namentlich in Getreide, wurde zwar gern geübt und das Geldgeschäft so reichlich gepflegt, dass der nationalökonomische Karakter des römischen Lebens sehr wohl als ausgeprägte Geldwirthschaft bezeichnet werden darf. [6]) Auch wurde das Wesen des Sachengutes, vor Allem das des Geldes, des Kapitals und was damit zusammenhängt, von den Römern bereits richtig erkannt, theilweise sogar zu hoher Ausbildung gebracht. Dagegen fehlte viel an der gehörigen Würdigung der Arbeit. Nicht als ob die Bedeutung dieses Hauptfaktors der Produktion und des Handels gänzlich verkannt worden wäre. [7]) Aber Arbeit um Lohn erschien des Freien unwürdig, die Ansichten von der wirthschaftlichen Arbeit beruhten stets auf der Unterstellung, dass die Lohndienste von Unfreien zu verrichten seien, auf dem Vorhandensein der Sklavenarbeit. Darnach ziemte dem Freien wohl und wurde von ganzen Klassen mit Vorliebe geübt die Unternehmung. Wie in dem Gebiete der Landwirthschaft der Latifundienbetrieb, so herrschte auch im Handel der Grossbetrieb. Die ausführenden Kräfte waren vorwiegend Sklaven und Freigelassene. Man vermisst daher bei unfreier Arbeit die Folgen der Arbeitstheilung, welche nothwendig bei höherer Entwicklung der freien Arbeit eintreten, die Reihe selbständiger Geschäftszweige, welche das heutige Verkehrswesen so mannigfaltig machen und sich in eigenen Verkehrsgeschäften des Handelsrechts wiederspiegeln. Wenigstens erweisen sich in dem römischen Recht nur einzelne besonders gepflegt; darunter bezeichnend genug vor Allem das Geschäft der Argentarien. Der Karakter, der dem Recht die Existenz unfreier Arbeit eingepflanzt hatte, blieb auch dann noch erhalten und wurde nur in untergeordnetem Maasse modifizirt, als das Christenthum die Sklavenwirthschaft zu lockern begann. [8])

Das römische Verkehrsrecht, das sich auf dem Boden dieser Zustände entwickelte, [9]) hat seine Wurzeln in dem, wenn auch noch so dürftigen, Civilrecht der römischen Bürger, insofern dort bereits die Grundlagen des Sachen- und Obligationenrechts gegeben sind. Mit Zunahme des Verkehrs erwiesen sich jedoch die Begriffe und Formen desselben zu eng. Durch die Verkehrsbeziehungen zu anderen Gebieten und die daraus entspringenden Erfahrungen angeregt, bildete die Praxis, insbesondere die prätorische Rechtsprechung, und die Thätigkeit der Juristen allmählich ein freieres Verkehrsrecht aus, das nicht blos für römische Bürger, sondern für Jedermann vor den römischen Gerichten Geltung besass, das jus gentium. Indem so mit vollstem Verständniss den Forderungen des erweiterten Verkehrs Genüge geleistet wurde, entstanden mancherlei Rechtsinstitute, welche wesentlich oder sogar ausschliesslich auf den

---

[6]) Vgl. über den Gegensatz der Natural- und Geldwirthschaft Endemann H.R. § 74, II.

[7]) Zeugnisse s. Endemann § 74. No. 1.

[8]) S. darüber Studien zur Geschichte der alten Kirche, Chemnitz 1879, Heft 1, Nr. III.

[9]) S. darüber Goldschmidt Z. f. H.R. Bd. I. S. 5 ff. u. H.R. § 37 Not. 3. — Vgl. auch Pardessus, collection tom. I; dann Puchta, Kurs. der Institutionen 3 Bd. 1872; Ihering, Geist (s. oben Not. 4); und M. Voigt, das jus naturale, aequum et bonum und jus gentium der Römer. 3 Bde., 1856—1871.

Handelsverkehr und die damit befassten Personen berechnet waren.[10]) Allein weil sich durchweg in der klassischen Periode das Recht dem realen Bedürfniss anpasste, konnte kein Grund sein, die dem Handel eigenthümlichen Rechtstheile von dem übrigen Verkehrsrecht auszuscheiden. Ohnehin galt ein grosser Theil des letzteren ebenmässig für den Handel wie für den sonstigen Verkehr. Dazu kam ferner, dass nicht minder die Gerichtseinrichtung und das Prozessverfahren allen Ansprüchen auch des Handelsverkehrs zu entsprechen vermochte. Endlich existirte keinerlei Abgeschlossenheit eines besonderen Handelsstandes. Die Uebung des Handels war Jedermann zugänglich und wurde von den verschiedensten Klassen ergriffen.[11]) Niemand dachte daher an administrative oder polizeiliche Ordnung des berufsmässigen Handels. Mit einem Wort: es war weder eine objektive noch eine subjektive Veranlassung vorhanden, das Handelsrecht als ein Sonderrecht darzustellen.

Dabei bewendete es selbst noch in der späteren Kaiserzeit, wo neben mancher Verquickung des Verkehrsrechts allerdings sich die Neigung zeigte, von dem immer weiter sich ausbreitenden System aus auch den Handel spezieller administrativer und juristischer Regelung nach einigen Richtungen hin zu unterwerfen.[12])

II. Ganz anders lagen die Dinge **im Mittelalter**. Der Handel, der sich nach der Völkerwanderung namentlich in Italien und an den Küsten des Mittelmeeres zu heben begann, hatte einen von dem römischen wesentlich verschiedenen Karakter. Unter dem Einfluss des Christenthums unterlagen vor Allem die Ansichten über die wirthschaftliche Arbeit einer grossen Wandlung. Nicht mehr die Sklavenarbeit, sondern freie, ihres Lohnes und voller Achtung würdige Arbeit war nun das bewegende Element.[13]) Nun war, als sich der Handel mächtiger entwickelte, die Grundlage zu der in der römischen Epoche vermissten Arbeitstheilung und Fülle verschiedener Geschäftszweige gegeben.[14])

Schon darum musste bei gesteigertem Verkehr das römische Recht ungenügend erscheinen. Dasselbe erschien ungenügend, in der überkommenen Gestalt, weil es auf ganz anderen Kulturzuständen beruhte. In dem erstarkenden Handel treten neue Vorkommnisse, neue Thätigkeiten, neue Vertragsarten auf, für die es in dem römischen Recht an einer bestimmten juristischen Formel fehlte und die daher zu eigener rechtlicher Betrachtung aufforderten. Der Beweglichkeit des Handels entsprechend bildeten sich neue Uebungen und Rechtsgewohnheiten in grosser Zahl und rasch; und schon desshalb war ein sicht-

---

[10]) Beispiele s. bei Goldschmidt § 37, Not. 11.

[11]) Dass damit die Definitionen der mercatura und des mercator übereinstimmen, s. Endemann H.R. § 4, Not. 6.

[12]) Endemann das. Not. 9; Goldschmidt § 37, Not. 11 a. E.

[13]) Endemann, die nationalök. Grundsätze der kanon. Lehre, in Hildebrands Jahrb. Bd. 1 und Separatabdruck S. 158. 197 fg.; einige zerstreute Bemerkungen s. auch bei L. Felix, die Arbeiter und die Gesellschaft 1874.

[14]) Ueber die Literatur der Handelsgeschichte in dem Mittelalter s. die Angaben bei Goldschmidt § 5 nach Not. 1. u. auch § 3, Not. 11.

licher Gegensatz gegen das ungleich weniger bewegliche Recht des Grundbesitzes, der Landwirthschaft und anderer ausserhalb des Handels gelegener Gebiete des wirthschaftlichen und sozialen Lebens bedingt.

Ihre Hauptgrundlage fand aber die Entwicklung eines besonderen Handelsrechts in der das Mittelalter beherrschenden standesmässigen Gliederung, die nach vielen Seiten hin zu einer Zersplitterung des Rechts in einzelne Standesrechte führte. Die mit dem Handel berufsmässig befassten Personen bildeten den Kaufmannsstand.[15]) Derselbe hatte als eigner Stand die Befugniss sich korporativ abzuschliessen, bei solcher Abgeschlossenheit innerhalb seines Kreises eine eigene Gerichtsbarkeit auszuüben[16]) und seine Rechtsbeziehungen durch autonomische Satzungen zu ordnen. Von dieser Befugniss wurde vielfach Gebrauch gemacht und so entstanden durch die Uebung der Kaufleute, die Rechtsprechung ihrer Gerichte und die Anerkennung ihrer Statuten Rechtsinstitute und Rechtsregeln, die eben nur diesem Kreise angehörten, also ein besonderes Recht der Kaufleute (jus mercatorum) darstellten. Nichts war natürlicher, als dass in denjenigen Städten, welche sich hauptsächlich dem Handel hingaben, die kaufmännischen Rechtsregeln häufig auch in die städtischen Statuten oder Stadtrechte aufgenommen wurden. Ja es gab sogar Handelsstädte, in denen von einer besonderen Gerichtsbarkeit und Rechtsbildung der Kaufleute nicht zu reden ist, deren Recht aber nichts destoweniger den Karakter eines kaufmännischen Rechts annahm, indem gleichsam die ganze Bevölkerung an dem Handelsbetrieb betheiligt erschien.[17]) Vorerst ergab sich daraus, da diese Rechtsbildung sich in dem engen Kreise der einzelnen Stadt oder eines einzelnen Territoriums bewegte, eine Menge von Spezialrechten.[18]) Freilich blieb es nicht aus, dass Manches von einem Gebiet in das andere übertragen wurde. Es entstanden Zusammenhänge. Aber an ein einheitliches Zusammenfassen der kaufmännischen oder handelsrechtlichen Einrichtungen und Vorschriften zu einem allgemeinen Gesetz wurde in Italien nicht gedacht. Das Streben nach Zusammenfassen zeigt sich erst in den allmählich auftretenden wissenschaftlichen Bearbeitungen.[19])

Haben solchergestalt erst die Schriftsteller den Gesammtbegriff eines besonderen jus mercatorum s. mercaturae aufgebracht, so lag die Veranlassung dazu, wie die Geschichte der Literatur deutlich nachweist, wesentlich in der Lage des Verkehrsrechtes gegenüber den strengen Grundsätzen des kanonischen Rechts. Auf Grund aus der Bibel entnommener Glaubenssätze war die Lehre vom

---

[15]) Es wird hier die Auffassung wiedergegeben, von der die älteren Schriftsteller des Handelsrechts ausgehn. Vgl. Endemann Z. f. H.R. Bd. 5, S. 347 ff.

[16]) Endemann das. S. 355. Zu erwähnen ist auch bes. die Messgerichtsbarkeit. — Vgl. auch Dahn Z. f. H.R. Bd. 16, S. 397.

[17]) Diese doppelte Bahn weist an Genua, wo die Kaufmannsgilden keine bes. Rolle, und Florenz, wo sie eine solche spielten, nach Lastig, die Entwicklungswege und Quellen des Handelsrechts, 1877.

[18]) An deren Durchforschung noch viel zu thun bleibt.

[19]) S. über diese § 5, I.

Verbote der usura entstanden, welche nicht etwa blos die Verzinslichkeit des Darlehns, sondern jeden Gewinn aus Geld untersagte und in ihren immer mehr auch in das praktische Recht erstreckten Folgesätzen geradezu den gesammten Verkehr und dessen Rechtsübung nach ihren Normen zu leiten suchte.[20]) So gross war der Einfluss der kanonischen Dogmatik auf das gesammte soziale und geistige Leben, auf wirthschaftliche wie rechtliche Ansichten, dass auch der Handel die Herrschaft derselben empfinden musste. Den Beweis liefern die Statuten, in denen überall die kanonistischen Grundsätze durchklingen.

Die Stellung des Handels war darnach eine eigenthümliche. Streng genommen durfte der Handel, der auf Geldgewinn spekulirte, gar nicht existiren.[21]) Allein völlige Unterdrückung durfte doch selbst der grösste Eifer für die Aufrechthaltung der kanonischen Prinzipien nicht erwarten. War der Handel nicht hinwegzuschaffen, so musste man umsomehr das Gebahren desselben, zumal die zahlreichen neuen Erscheinungen, die er hervorrief, von dem Standpunkte der Wucherlehre aus einer sorgfältigen Prüfung unterwerfen. Dabei ergab sich nun, dass der Handelsverkehr, der darum, wenn auch geduldet, doch stets verdächtig erschien, an vielen Stellen gegen die strenge kanonische Lehre sich auflehnte, sie umging, oder geradezu verletzte. Auch hier stand es jedoch für die korrekte, den kanonischen Prinzipien getreue Doktrin, die theologische wie die durchweg von denselben nicht minder beherrschte juristische, wiederum so, dass nicht daran zu denken war, Alles, was der Usuralehre widersprach, zu verdammen und von dem Verkehr thatsächlich fern zu halten! Eine Menge von Verkehrsinstituten waren durch die Verhältnisse des realen Lebens zu bedeutend geworden, als dass sich mit der scharfen Konsequenz der kanonischen Grundsätze durchkommen liess. Es erwuchs mithin der kanonisch gefärbten Jurisprudenz nicht minder wie den zugleich juristisch gebildeten Moralisten die doppelte Aufgabe, einerseits möglichst die Usuralehre auch gegenüber dem Handel und seinen neuen Gebilden zu wahren, andererseits aber, wenn demselben dennoch nothgedrungen viele Konzessionen gemacht werden mussten, diese mit dialektischer Kunst zu rechtfertigen und mit solchen Beschränkungen oder Garantieen zu umgeben, dass immerhin, wenn auch nach heutigem Urtheil oft blos scheinbar, die Beobachtung der Wucherlehre im Prinzip gerettet erschien. Der Handelsverkehr machte in dieser Beziehung der orthodoxen Jurisprudenz, und eine andere gab es Jahrhunderte hindurch nicht,[22]) ungleich mehr Noth, als irgend ein anderes Gebiet des menschlichen Lebens; und eben daraus ging die Neigung hervor, das Recht desselben nicht blos um der Eigenheit zahlreicher Vorkommnisse desselben, sondern auch um der Eigenheit ihrer Behandlung in der Rechtslehre und folgeweise auch in der von dieser beeinflussten Gesetzgebung willen als ein besonderes Recht zu betrachten.

---

[20]) Diese weist nach Endemann nat. Grunds. und Studien. Bd. 1; s. auch Goldschmidt § 3, Not. 12. u. theilweise S. 15.

[21]) Endemann nat. Grunds. S. 34 ff.

[22]) Wie sich in § 8 ergeben wird.

Dazu kommt der Widerstreit des Handelsstandes gegen das bis zur Unerträglichkeit künstlich und weitläufig gewordene Prozessrecht und die in der Rechtspflege herrschende schematistische Methode. Stets wird von den Autoren des Handelsrechts hervorgehoben, dass in den Streitsachen der Kaufleute ohne die Solennitäten des förmlichen Prozesses zu verfahren und nach Billigkeit ohne Rücksicht auf die Subtilitäten des sonstigen Rechts zu urtheilen sei.[23])

Das Alles hinderte freilich nicht, wie die Literatur zur Genüge lehrt, dass auch die Behandlung des Handelsrechts trotz der anerkannten Abweichungen und trotz des anerkannten Bedürfnisses in der Doktrin demselben Schematismus verfiel, der auf der gesammten Wissenschaft lastete.

III. In dem älteren **deutschen Recht** lässt sich von einem besonderen Handelsrecht nicht reden. Als der Handel und mit ihm das Städtewesen aufblühte, waren die Ursachen zu eigenartigen Rechtsbildungen dieselben wie in Italien und anderen romanischen Ländern. Auch in Deutschland herrschte die Standesgliederung und gab es daher eigenthümliche Gewohnheiten und Satzungen des Kaufmannsstandes, die vielfach in die Stadtrechte der Handelsplätze aufgenommen wurden. Auch über Deutschland erstreckte die kanonische Wucherlehre ihre Geltung[24]) und regte sich der gleiche Widerspruch des Handels gegen dieselbe.

Bei der sogenannten Rezeption des römischen Rechts wirkte wesentlich der Umstand mit, dass das einheimische Verkehrsrecht dem Bedürfniss nicht genügte. Rezipirt aber wurde niemals das reine römische, sondern das romanische Recht in der Gestalt, wie es zur Zeit der Rezeption wissenschaftlich und praktisch gehandhabt wurde. Folgeweise wurden auch die besonderen Grundsätze und die besondere Behandlung des Kaufmanns- oder Handelsrechts, welche in Italien entstanden waren, auf Deutschland übertragen[25]) und konnten übertragen werden, da die wirthschaftlichen Grundansichten der Kanonisten und Romanisten über Handel, Geld und Gut, Arbeit und Kapital u. s. w., noch bis tief in das 16. Jahrhundert hinein[26]) die maassgebenden blieben.

Allein mit der Zeit veränderten sich die Verhältnisse wesentlich. Das kanonische Zinsverbot wurde seit der Reformation immer entschiedener bekämpft, schliesslich verworfen. Indem dieser Kern der Wucherlehre getroffen wurde, streifte man auch sonst, wenn nicht vollständig, doch grösstentheils die Fesseln der kanonischen Doktrin ab.[27]) Von dieser Seite her war also kein Bedürfniss mehr, die Eigenartigkeit des Handelsrechts aufrecht zu erhalten. Zugleich lockerte sich und verschwand schliesslich die Geschlossenheit des Kaufmanns-

---

[23]) Ausführlicher stellt die Grundsätze des Verfahrens dar Endemann Z. f. H.R. Bd. 5, S. 362 ff.; s. auch Goldschmidt § 34 Not. 11; § 37 Not. 4.

[24]) Neumann, Geschichte des Wuchers in Deutschland, 1865.

[25]) S. über deutsche Stadtrechte, welche Grundsätze die italienischen bestätigen, Laband, Z. f. H.R. Bd. 20, S. 17.

[26]) Wiskemann, Darstellung der zur Zeit der Reformation herrschenden nationalök. Ansichten, 1861; Schmoller, Zeitschr. für die ges. Staatswiss. Bd. 16, Heft 3. 4.

[27]) S. über diese Wandlung Laspeyres, Geschichte der volkswirthschaftlichen Ansichten der Niederländer und ihrer Literatur zur Zeit der Republik, 1863.

standes. Die Zünfte und Gilden zerfielen. Damit ging denn auch der Boden für die Entstehung korporativer Gebräuche und autonomischer Satzungen verloren. Zugleich brachte es die politische Gestaltung der Neuzeit, welche die Selbständigkeit der Städte absorbirte, mit sich, dass die rechtliche Regelung des Handels, die früher hauptsächlich in Stadtrechten und städtischen Ordnungen ihren Sitz hatte, immer mehr in die Hand der landesherrlichen und Staatsgesetzgebung kam. [28])

Wenn trotz der Hinfälligkeit vieler der Gründe, welche nach den früheren Verhältnissen für das Bestehen eines besonderen kaufmännischen oder Handelsrechts angeführt werden konnten, der Handel noch immer eigene Rechtsgesetze verlangte, so kann dies in der Neuzeit nur noch aus der Unzulänglichkeit des sonstigen Civilrechts und Civilprozesses erklärt werden. Der Handel hat es verstanden, in dieser Richtung seine Forderungen geltend zu machen und die Gesetzgebung hat bei dem grossen Interesse, welches der Staat an der Zufriedenheit und dem Gedeihen des Handels hegen muss, denselben nachgegeben. Zunächst in mancherlei Erlassen über einzelne Materien, dann aber auch in umfassenden Kodifikationen. Unstreitig ist gerade durch die Kodifikationen, die mit dem Code de commerce begannen, die von dem übrigen Civilrecht abgetrennte Stellung des Handelsrechts wesentlich befestigt worden.

Die Unzulänglichkeit des sonstigen bürgerlichen Rechts erweist sich wie vormals noch heute theils darin, dass es für viele neue Gebilde des Handelsverkehrs nicht mehr passt oder lückenhaft erscheint, theils aber auch darin, dass sein System und seine Methode dem Bedürfniss nicht entspricht. Da das Handelsrecht nicht mehr Standesrecht sein, vielmehr im Wesentlichen nur noch als Spezialrecht des Handels im objektiven Sinn auftreten kann, lässt sich schwer genug eine Abgrenzung gegen das übrige Civilrecht in zuverlässiger und innerlich befriedigender Weise geben. [29]) Der Handel ist nur ein Theil des Gesammtverkehrs und das Handelsrecht hängt nothwendig mit dem allgemeinen Civilrecht zusammen, hat in ihm seine Wurzeln. Kann daher das Privathandelsrecht nicht anders denn als ein Bestandtheil des Civilrechts betrachtet werden, so erweist es sich als derjenige Zweig des bürgerlichen Rechts, der, dank der Rührigkeit des Handels, am meisten mit der Entwicklung des realen Lebens Schritt gehalten hat und am meisten den Forderungen der Gegenwart entspricht. Nothwendig übt die Gestaltung des Handelsrechts auch wieder ihre Rückwirkung auf das andere Civilrecht. Durch diesen Einfluss und durch zeitgemässe Reform des allgemeinen bürgerlichen Rechts muss mithin die Verschiedenheit immer mehr verwischt und die Wiedervereinigung des Handelsrechts mit dem bürgerlichen Recht herbeigeführt werden. [30])

---

[28]) S. darüber auch § 8, VI. z. A.

[29]) Wie sich unten in § 13 ff. ergeben wird.

[30]) Endemann H.R. § 4 a. E. So auch Goldschmidt § 37, Not. 6. 7. Ein interessanter Beleg ist der Entwurf eines Schweizerischen Obligationen- und Handelsrechts; s. unten § 24 Nr. 15.

§ 5.

2. Die Quellen und Literatur des historischen Handelsrechts seit dem Mittelalter.

Eine umfassende Geschichte des Handels und des Handelsrechts existirt so wenig für die nachrömische wie für die römische Zeit. Indessen fehlt es nicht an einer langen Reihe von neueren Darstellungen, welche die Handelsgeschichte, die Geschichte der für das Handelsrecht wichtigen wirthschaftlichen Verhältnisse und Grundsätze, sowie einzelne Theile der Rechtsgeschichte des Handels vorführen.[1]) Sie auch nur einigermassen vollständig hier aufzuzählen erscheint unthunlich und entbehrlich. Man kann füglich auf die reichen Zusammenstellungen in Goldschmidts Handbuch § 5 und § 6 verweisen. Dort wird neben der Anführung von Hauptwerken für die allgemeineren Gesichtspunkte

a) in § 5 die Literatur, welche **die allgemeinen Zustände des Handels und des Handelsrechts** betrifft, nachdem eine Mehrzahl von Hauptwerken für das Ganze angeführt worden sind, unter folgenden Rubriken geordnet. Zunächst 1. Beziehungen zum Orient; 2. Juden und deren Verhältnisse; 3. das kanonische Zinsverbot; die Wuchergesetze; 4. Innungswesen; 5. Handelsrecht und Handelsprozess; 6. Handelspapiere; 7. Seerecht; 8. Seeversicherungsrecht; 9. Konkurs- und Bankrottrecht.

b) Eine zweite Zusammenstellung in § 6 weist die Literatur **für einzelne Länder** nach; nemlich: I. für das Byzantinische Reich; II. für Italien und zwar zunächst für ganz Italien, dann 1. für Süditalien, 2. für Venedig, 3. für Pisa, 4. für Genua, 5. für Florenz, 6. für Lucca; weiter III. für Spanien und Portugal; IV. für Frankreich; V. für die Niederlande; VI. für Grossbritannien; VII. für Skandinavien; VIII. für Deutschland.

Diese Zusammenstellungen werden, was die seit 1874 erschienene neueste Literatur anbelangt, vervollständigt durch die weiteren Zusammenstellungen, die in jedem Bande der Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht enthalten sind.

Hier sollen nur die wichtigsten **Quellen und Werke** der Vorzeit, **welche das Handelsrecht betreffen,** bezeichnet werden. So nahe es hierbei zu liegen scheint, der übersichtlichen Eintheilung halber verschiedene Zeitabschnitte zu bilden und dabei insbesondere die Entdeckung des Seewegs nach Ostindien und die Entdeckung Amerikas als Grenzscheide zu benutzen, so erweist sich zwar für den Karakter des Handels jenes Moment überaus bedeutend, aber dasselbe begründet keineswegs unmittelbar für die Dogmatik und Methode des Handelsrechts in Gesetzgebung und Doktrin eine neue Epoche. Ihrem inneren Wesen nach blieb die Literatur auch noch über das Ende des

[1]) Die beste Zusammenstellung der Handelsrechtsliteratur liefert der Katalog der Commerz-Bibliothek zu Hamburg; neue Ausgabe 1864 mit Fortsetzungen. Die übrigen unvollständig und nur theilweise brauchbar; s. Goldschmidt § 3 Not. 9.

15. Jahrhunderts hinaus in den vorher betretenen Bahnen. Eine der Methode nach neue Epoche könnte nur von dem Bruche einerseits mit dem kanonischen Wucherdogma und andererseits mit der schematistischen Richtung des Mittelalters datirt werden. Allein hierbei wäre es schwer, einen einigermassen bestimmten Zeitabschnitt zu finden, da es sich um Wandlungen handelt, die erst sehr allmählich sich vollzogen. Der nachfolgende Ueberblick mag sich deshalb darauf beschränken, einen summarischen Gesammtüberblick der Entwicklung darzubieten.[2])

I. **Die Anfänge** eines eigenen Handelsrechts liegen **in Italien,** wo zuerst der Handel aufblühte. Es entstanden selbständige Handelsgebräuche. Davon gibt **Pegoletti** in seiner Schrift pratica della mercatura 1343 und später **Uzzano,** la pratica della mercatura 1442 einige Aufzeichnungen.[3]) Dem Gebrauch verdankten ferner die zahlreichen städtischen Statuten ihre Entstehung, unter denen die für wesentlich am Handel betheiligten Plätze selbstredend von grosser handelsrechtlicher Bedeutung sind.[4])

Von Anfängen wissenschaftlicher Behandlung oder auch nur Berührung handelsrechtlicher Fragen in eigenthümlichem Sinne lässt sich erst reden, seit das kanonische Wucherverbot seine Herrschaft auch in der Rechtslehre geltend machte.[5]) Zunächst waren die **theologischen Kasuisten,** insbesondere gestützt auf Thomas von Aquino, bemüht, die Wucherlehre für das Gewissensforum auszubilden; ihnen schlossen sich Doktoren des kanonischen Rechts an.[6]) Zunächst nahmen **die Legisten,** die Glossatoren und Postglossatoren, von dieser Richtung wenig Notiz.[7]) Indem sie sich mit dem überlieferten römischen Recht beschäftigen, ergreifen sie zwar auch die handelsrechtlichen Bestandtheile desselben, finden aber kaum Anlass, besondere Eigenthümlichkeiten hervorzuheben.

Anders jedoch, seit im 14. Jahrhundert die kanonische Lehre auch das in den Gerichten zu handhabende Recht zu durchdringen[8]) und im 15. Jahrhundert bereits das Verkehrsrecht zu beherrschen begann.[9]) Je mehr solcher-

---

[2]) Auch hier kann von Vollständigkeit der Aufzählung abgesehen werden, indem es genügt auf die Stellen, namentlich bei Goldschmidt, hinzuweisen, die mit bekannter Gründlichkeit alles Nöthige enthalten.

[3]) Goldschmidt S. 34.

[4]) S. über diese nur erst unvollständig erschlossene Quelle und die hauptsächlichsten gedruckten, von Verona seit 1319, Mailand seit 1396, Florenz seit 1415, Brixen seit 1429, Bergamo, Bologna, Siena, Civita Vecchia, Goldschmidt § 8a, I. Ueber die Statuten von Genua und Florenz enthält Vieles Lastig, Entwicklungswege und Quellen des H.Rechts 1877.

[5]) S. über das Folgende überall Endemann, Studien in der romanisch-kanonistischen Wirthschafts- und Rechtslehre 1874 Bd. 1. Abschn. I. Uebersicht über die Geschichte der Wucherlehre, woselbst auch die nöthigen Nachweise.

[6]) S. über diese u. die Summisten Endemann a. a. O. § 2; noch vollständiger v. Schulte, Gesch. d. Quellen u. der Literatur des kanon. Rechts Bd. 2.

[7]) S. über Accursius Endemann das. S. 18.

[8]) Spuren davon bei Bartolus und Baldus s. Endemann S. 27—28, vgl. S. 24.

[9]) Endemann S. 30.

gestalt die von dem kanonischen Dogma ausgehende Strömung mit dem römischen Verkehrsrecht in Konflikt gerieth, desto mehr hatten auch die Civilrechtsschriftsteller, wie Bartholomaeus de Saliccto, Alexander Tartagnus, Jason de Mayno, Paulus de Castro u. A. Ursache, von Besonderheiten des Rechtes der Kaufleute zu reden.[10])

Hauptsächlich aber sind aus diesem Grunde für das gesammte Verkehrs-, und in diesem insonderheit auch für das Handelsrecht, die Schriften **der Theologen — Juristen über die Wucherlehre,** Summen und Monographieen, beachtenswerth. Man kann geradezu sagen, dass in ihnen die ersten Schritte zu einer Absonderung des Handelsrechts gethan wurden. Der Summisten mag, obgleich sie auch bei den juristischen Autoren der Folgezeit sich oft citirt finden, nur beiläufig gedacht werden.[11]) Ungleich mehr interessiren die Monographisten, die schon im 15. Jahrhundert zahlreich auftraten und keineswegs nur der italienischen Nation angehören. Unter ihnen sind zu nennen der Schwabe **Johannes Nider** († 1438), von Deutschen ferner **Conrad Summenhart** und **Christoph Kuppener** am Ende des 15. und Anfang des 16. Jahrhunderts,[12]) von Italienern **Laurentius de Rudolfis, Antonius de Rosellis, Antonius von Florenz, Hieronymus de Luca** u. s. w., von Franzosen **Guido Papa.**[13])

Diese Richtung der Literatur, die von der kanonischen Dogmatik aus dialektisch-schematistisch nach und nach alle Verkehrserscheinungen in ihr Bereich zog, um zu untersuchen, ob sie vor dem forum internum s. conscientiae, zugleich aber auch, ob sie vor dem forum externum, sei es der geistlichen, sei es der weltlichen Gerichtsbarkeit, bestünden, setzte sich in das 16., ja sogar in das 17. Jahrhundert hinein fort. Es genügt die Namen des **Johannes Baptista Lupus**, der Spanier **Martinus, Navarrus** und **Didacus Covarruvias,** sowie vorzugsweise der zu hoher Autorität gelangten Jesuiten **Molina, Lessius, Azorius** und allenfalls **Gibalinus**[14]) zu nennen.[15]) Bei allen diesen Schriftstellern ist noch an eine förmliche Ausscheidung des Handelsrechts aus dem Verkehrsrecht nicht zu denken. Allein immer zahlreicher werden die Besonderheiten, die man namentlich um dem System der Wucherlehre getreu zu bleiben, unter den künstlichsten Unterscheidungen den Kaufleuten, deren Rechtsverhältnissen und Verträgen zugestehen musste.

Es lag mithin nahe, dass nunmehr auch **juristische Schriftsteller,** wie theo-

---

[10]) Endemann S. 31.

[11]) Einige der gebrauchtesten sind angeführt bei Endemann S. 31; Goldschmidt S. 35 nennt mit Namen nur den Johannes Lector (le Liseur), dem indessen eine bes. Bedeutung nicht zukommt.

[12]) S. über deren Werke, die keineswegs besondere Auszeichnung in der Reihe dieser Autoren verdienen, Endemann S. 31. 38. — Diese werden unter Angabe der Titel ihrer Schriften auch von Goldschmidt S. 35 erwähnt.

[13]) Endemann S. 32—36. — Ueber den Karakter aller dieser Werke s. das. S. 39.

[14]) Den Goldschmidt S. 35 allein erwähnt, obgleich er an Ansehen weit hinter den andern zurücksteht.

[15]) S. über deren meist sehr umfängliche Werke Endemann S. 47—51.

logische schon früher gethan hatten, die für die Kaufleute und deren Handelschaft geltenden Rechtssätze zum Gegenstand besonderer Darstellung machten. Indem dies geschah, war der Anfang gemacht, das Kaufmanns- und Handelsrecht als eine eigener Betrachtung fähige und würdige Materie von dem übrigen Civilrecht auszuscheiden. Freilich darf dabei nicht vergessen werden, dass selbst bei den Schriftstellern, namentlich den romanischen, die als juristische bezeichnet werden können, theilweise auch die Rücksicht auf das Dogma und auf die Ausführungen der Theologen noch eine grosse Rolle spielt. Das beweisen die Zeugnisse kanonischer Korrektheit, welche für mehrere gesucht und ertheilt wurden. In der juristischen Methode folgen sie vorerst der traditionellen dialektischen und schematistischen Behandlungsweise.

A. Hierher gehören als **die bedeutendsten Theoretiker: 1. Benvenutus Straccha** aus Ancona mit seinem tractatus de mercatura s. mercatore, um 1550; nebst mehreren Anhängen;[16]) 2. **Sigismundus Scaccia** (jurisconsultus Romanus), tractatus de commerciis et cambiis, 1618, dann öfter aufgelegt. Ein grosser Theil des Werks beschäftigt sich mit dem Wechsel; indessen werden auch die anderen Verkehrsgeschäfte, zum Theil sehr ausführlich vom orthodoxen Standpunkt aus[17]) und unendlich dialektisch in Positionen, Ampliationen, Limitationen, Sublimitationen u. s. w. behandelt.[18]) 3. Erwähnenswerth ist ferner **Raphael de Turri,** ein Genueser, mit seinem tractatus de cambiis, zuerst 1661 erschienen, der zwar eigentlich das Wechselrecht zum Gegenstand hat, aber auch sonst viel handelsrechtliches Material darbietet und sich ungleich freier gegenüber dem kirchlichen Dogma bewegt, als Scaccia.[19])

B. Sodann gibt es Werke von Italienern, welche sich mit der, oft sehr ausführlichen und darum auch für die theoretische Kenntniss erheblichen **Ausführung einzelner Fälle** befassen. So 1. des **Francisco Rocco** reponsorum legalium cum decisionibus centuriae duo, 1655;[20]) 2. Die grosse Gutachtensammlung des **Joannes Baptista Cardinalis de Luca** († 1683), theatrum veritatis et justitiae, 15 Bände in Folio, von der einzelne Abschnitte wesentlich in das Handelsrecht einschlagen;[21]) 3. **Ansaldus de Ansaldis** aus Florenz, discursus legales de commercio et mercatura, von 1670 ab erschienen.[22])

Macht sich schon bei Ansaldus eine viel grössere Unabhängigkeit von der Usuralehre bemerklich, so ist dies in noch höherem Maasse der Fall bei 4. **Josephus Martin Laurentius de Casaregis,** einem Genueser, in seinen dis-

---

[16]) S. das Nähere über Titel und äussere Eintheilung bei Goldschmidt S. 36; zur Karakteristik Endemann a. a. O. S. 53. Erwähnt auch bei Thöl § 24, I. 1.

[17]) Endemann S. 56 a. E. ff.

[18]) S. über die Bedeutung des Buchs Endemann S. 54. Thöl § 24 übergeht dasselbe ganz.

[19]) Goldschmidt S. 37; Endemann S. 54.

[20]) Goldschmidt S. 37.

[21]) Goldschmidt S. 37; Endemann S. 55.

[22]) Goldschmidt S. 37; Endemann S. 56 a. E.; von Thöl § 24, S. 93 nicht genügend gewürdigt.

cursus legales de commercio, zuerst 1719 erschienen, die sich auch sonst durch gesunde praktische Auffassung auszeichnen.[23])

C. Daran schliessen sich endlich als sehr beachtenswerth an **Sammlungen von gerichtlichen Entscheidungen.** Unter diesen stehen an erster Stelle 1. Die **Decisiones rotae Genuensis** de mercatura et rebus ad eam pertinentibus, aus der Mitte des 16. Jahrhunderts. Ihre Wichtigkeit für das Handelsrecht deutet schon den Titel an.[24]) Eine weitere, von den älteren Autoren häufig benutzte Sammlung sind 2. **Decisiones sacrae rotae Romanae,** mehrfach zusammengestellt und erschienen seit dem 16. Jahrhundert,[25]) die jedoch das Handelsrecht nur theilweise betreffen, und an Werth den vorerwähnten entschieden nachstehen.

Später hat die Bedeutung der italienischen Literatur sehr abgenommen. Das 18. Jahrhundert ist daran arm und von der allgemeinen Wirkung, welche die frühern Schriften über Italien hinaus hatten, kaum noch die Rede. Die literarischen Erscheinungen des 19. Jahrhunderts sind unten in § 24 Nr. 3 zu berühren. Als eine beachtenswerthe Leistung der Legislation des vorigen Jahrhunderts ist allenfalls noch der für Neapel verfasste codice maritimo compilato per ordine di S. M. Ferdinando IV 1781 zu nennen.[26])

II. Von einer besonderen Betheiligung **Spaniens und Portugals** an der Fortbildung des Handelsrechts ist wenig zu erwähnen. Als Gesetzgebungsarbeit die einflussreichen Handelsordnungen von Bilbao, seit 1560 gesammelt, mehrfach in der Folge modifizirt und ergänzt, zuletzt 1737 von Philipp V. bestätigt unter dem Titel: **Ordenanzas** de la illustre univerdidad y casa de contracion de la villa **de Bilbao.**[27]) An der Literatur sind die Spanier insofern betheiligt, als sich unter den Autoren der Wucherlehre auch Spanier befinden. Namentlich nimmt der Jesuit Molina besondere Rücksicht auf spanische Zustände. Als handelsrechtliche Darstellung im eigentlichen Sinn ist nur zu nennen **Juan Hevia de Bolaños,** labyrinthus commercio terrestris et navalis, 1619;[28]) ein keineswegs bedeutendes, den italienischen verwandtes Werk.

III. **In Frankreich** wurde an Stelle der Provinzial- und Stadtordnungen zufolge der politischen Entwicklung bald die Gesetzgebung des Königs die eigentliche Quelle. Durch ein **Edikt Karls IX. von 1563** wurde der Handelsgerichtsbarkeit eine feste Grundlage gegeben.[29])

---

[23]) S. über den Verfasser und die Ausgaben Goldschmidt S. 37 a. E. — 38. Z. f. H.R. Bd. 10, S. 468.

[24]) S. im Näheren über diese bedeutende Erscheinung Biener, Abhandlungen aus dem Gebiete der Rechtsgeschichte S. 96 u. wechselrechtl. Abhandl. S. 82; Goldschmidt S. 36; Endemann S. 55.

[25]) Goldschmidt S. 38.

[26]) Goldschmidt § 8a I a. E.

[27]) Goldschmidt § 8a II u. § 6, III.

[28]) Goldschmidt S. 36; Endemann a. a. O. S. 56, Not. 63.

[29]) Goldschmidt § 8a Not. 9, woselbst auch die Hauptschriften angegeben sind, die sich über diese Materie verbreiten.

Es folgte 1673 das Edikt Ludwigs XIV., das unter dem Namen **Ordonnance du commerce** bekannt ist. An der Bearbeitung war namentlich Savary sen. betheiligt. Dieses Edikt wurde bei allen späteren Erlassen stets als Ausgangspunkt betrachtet. Daran schliesst sich an das Edikt Ludwigs XIV. von 1681, das als **Ordonnance de la marine** bezeichnet zu werden pflegt.[30])

Die französische Literatur des Handelsrechts bewegte sich ursprünglich in denselben Bahnen wie die italienische. Dass unter denen, welche die Verkehrsgeschäfte von der Wucherlehre aus beleuchteten, auch Franzosen waren, versteht sich von selbst. Als einer der ersten entschiedenen Gegner trat, wenn auch vorerst wenig erfolgreich, auf **Carolus Molinaeus** (Charles Dumoulin). In mehreren Abhandlungen, die auch juristisch bedeutend sind und sich durch ihre Argumentation in Gegensatz zu der scholastischen Methode stellen, also den Verfasser als Gesinnungsgenossen der Humanisten, wie in seinen dogmatischen Ansichten als Gesinnungsgenossen Calvins kennzeichnen, war er bemüht, den Widersinn der seitherigen Lehre darzulegen. Seine Ausführungen greifen hierbei vielfach in das Gebiet des Handelsrechts ein. Die in dieser Hinsicht bedeutendste Schrift ist der tractatus contractuum et usurarum etc. 1546.[31])

Als Darstellung des Handelswesens verdient **Jacques Savary** le parfait negoziant, 1675, bis in dieses Jahrhundert, öfter neu edirt,[32]) Erwähnung. Neue Anregungen und Richtungen erhielt die Literatur durch die erwähnten neuen Ordnungen. Unter einer ziemlich langen Reihe von Schriftstellern, welche die dadurch geschaffenen Rechtszustände auseinandersetzten und so immer mehr dazu beitrugen, das Handels- und Seerecht als einen selbständigen Zweig des Civilrechts zu betrachten, genügt es hervorzuheben **Bornier, Toubeau, Rogue, Emerigon.** Durch ihre Arbeiten haben sie die Abfassung des **Code de commerce** wesentlich vorbereitet.[33])

IV. **In den Niederlanden** liefern Quellenmaterial namentlich Gesetze Karls V. und Philipps II. Dazu kommen Gesetze der Generalstaaten, viele Provinzial- und Stadtrechte.

Für das Verkehrsrecht, ungetrennt von dem allgemeinen Civilrecht, arbeiteten erfolgreich die Civilrechtsschriftsteller, wie Vinnius, Voet, Noodt, Damhouder u. A. Wichtiger aber war es, dass gerade niederländische Autoren mit dem kanonischen Wucherdogma brachen und unter dessen Konsequenzen, wenn auch nicht ganz vollständig, doch zum grössten Theil energisch aufräumten. So an erster Stelle **Hugo Grotius**, nach ihm **Salmasius.**[34])

Umfassende Bearbeitungen des ganzen Handelsrechts sind nicht vorhanden.

---

[30]) Goldschmidt a. a. O. Not. 10, 11; Sammlungen der älteren Gesetze und Darstellungen der historischen Zustände s. auch das. § 6, IV.

[31]) Näheres s. Endemann a. a. O. S. 62 ff.; vgl. auch Goldschmidt S. 35.

[32]) Goldschmidt S. 34; vgl. auch S. 31.

[33]) S. über deren Werke und andere Goldschmidt S. 43.

[34]) S. über diese und ihre Schriften Laspeyeres, Geschichte der volkswirthschaftlichen Anschauungen der Niederländer, 1863; Endemann a. a. O. S. 65 ff.; Goldschmidt § 8a IV.

Dagegen fehlt es nicht an einer grösseren Anzahl von Darstellungen einzelner Institute.[35])

V. **In Grossbritannien** entwickelte sich das Handelsrecht mit manchen Besonderheiten innerhalb des Civilrechts hauptsächlich aus der Gewohnheit, welche durch die Uebung der Gerichte und die Literatur bezeugt wird. Man bezeichnet das Recht, das dort seine Quelle hat, als law merchant und **common law.**[36]) Indessen wurde auch, namentlich seit dem 17. Jahrhundert nach manchen Richtungen die Gesetzgebung thätig und schuf so neben dem common law ein **statute law.**[37])

Unter den Bearbeitern, welche das Handels- und Seerecht als einen besonderen Theil des Civilrechts darstellen, ragen im 17. und 18. Jahrhundert hervor **Malynes**, **Molloy**, **Windham Beawes**, vor Allem aber haben bis in die neueste Zeit **Blackstone's** commentaries on the laws of England, zuerst 1765 erschienen, die auch das Handelsrecht erläutern, grosses Ansehen erworben.[38])

VI. **Für Deutschland** sind als handelsrechtliche Quellen zuerst zu nennen, **die Stadtrechte** der an dem Handel[39]) hauptsächlich betheiligten Städte, die Rezesse und Privilegien der Hanse,[40]) sowie eine grosse Menge von **Merkantil-**, **Markt-**, **Mess-**, **Handelsgerichts-**, **Firmen-**, **Prokurenordnungen** u. dgl., die im Wesentlichen Aufzeichnungen der Handelsgebräuche darstellen. Umfassende Sammlungen existiren nicht; dieser Theil des Quellenmaterials ist sehr zerstreut. Daneben kommen für das Handelsrecht manche Reichsgesetze und, meist denselben Prinzipien folgend, Landesgesetze in Betracht.[41]) Das Preussische allgemeine Landrecht von 1794 betrachtet das Handelsrecht noch als ungetrennten Theil des Civilrechts, indem es eine Mehrzahl von dasselbe betreffenden Abschnitten aufgenommen hat.[42]) In den übrigen deutschen Staaten ist es, soweit nicht das französische Recht Eingang fand, vor dem H.G.Buch zu einer umfassenderen Regelung nicht gekommen.[43])

Die Literatur erweist sich bis zu dem 19. Jahrhundert hin dürftig. Einige deutsche Autoren, die der Gruppe der mit der Wucherlehre befassten Schriftsteller angehören, wurden bereits an anderer Stelle bezeichnet. Von einer eigenen juristischen Darstellung des Handelsrechts war zunächst nichts zu bemerken.[44]) Dass man nach Rezeption des romanischen Rechts auch in handels-

---

[35]) Vgl. über die niederländ. Literatur bez. die Nachweise bei de Wal, het Nederlandsche Handelsregt. 1861—1869.

[36]) S. darüber eingehend, mit Berücksichtigung der einschlagenden englischen und deutschen Literatur, Goldschmidt § 30, Nr. 1.

[37]) Ueber Sammlungen s. Goldschmidt das. Not. 6.

[38]) S. darüber u. weitere Literatur Goldschmidt S. 273.

[39]) Ueber dessen Entwicklung und Zustände s. die reiche Literatur bei Goldschmidt § 6, VIII.

[40]) Goldschmidt § 8b Not. 7.

[41]) Goldschmidt § 8b z. A. u. Not. 6.

[42]) Goldschmidt § 21 z. A.

[43]) Vgl. Goldschmidt § 22 u. über die deutsch-österreichischen Zustände § 23 z. A.

[44]) Ueber die Stellung der Civilisten zur Wucherlehre s. Endemann S. 68 ff.

rechtlichen Dingen der Autorität der romanischen Rechtslehre folgte, braucht kaum bemerkt zu werden. In dieser Weise findet sich Manches in den hier nicht aufzuführenden Bearbeitungen des Civilrechts. An eine Abtrennung des Handelsrechts dachte man bis in das 17. Jahrhundert hinein noch nicht. So auch nicht **Mevius** in seinen commentarii ad jus Lubecense und decisiones, so viel Handelsrechtliches auch darin enthalten ist. Das erste ausschliesslich dem Handelsrecht gewidmete Werk war das des **Johannes Marquard**, tractatus politico-juridicus de jure mercatorum et commerciorum, 1662,[45]) zwar auch deutsche Eigenthümlichkeiten berücksichtigend, aber doch im Ganzen sich an die romanischen Vorgänger anschliessend.

Hauptsächlich bestand die handelsrechtliche Literatur des 17. Jahrhunderts aus Dissertationen und anderen akademischen Schriften, welche Besonderheiten oder Privilegien des kaufmännischen Standes oder des Handelsverkehrs darstellten. Auch noch das 18. Jahrhundert weist deren eine ganze Reihe auf.[46])

Ein allgemeines Werk, in dem auch allerlei Gutachten und Pareres, namentlich nach Savary, mitgetheilt werden, ist erst P. J. **Marpergers** neueröffnetes Handelsgericht oder wohlbestelltes Commercien-Collegium, 1709. In demselben ist nicht blos Handelsrecht, sondern auch Vieles, was zur Handelswissenschaft gehört, enthalten. In der letzteren Beziehung schliessen sich viele andere Namen und Schriften an, die jedoch, allenfalls mit Ausnahme von **C. G. Ludovici's** eröffneter Akademie der Kaufleute 1752—1765 und **J. G. Büsch's** sämmtlichen Schriften über die Handlung 1824, kaum bemerkenswerth erscheinen.[47])

Was die juristischen Darstellungen anlangt, so wurden solche des Handelsrechts im vorigen Jahrhundert häufig in den Lehrbüchern als integrirende Bestandtheile des deutschen Privatrechts gegeben. Die ersten Kompendien des abgesonderten Handelsrechts sind 1. **J. D. H. Musäus**, Anfangsgründe des Handlungs- und Wechselrechts, 2. Aufl. 1799 und ungleich werthvoller[48]) 2. **G. F. von Martens**, Grundriss des Handelsrechts, 1797, 3. Aufl. 1820.

Lebhafteren Aufschwung nahm die handelsrechtliche Literatur[49]) in dem 19. Jahrhundert.[50]) In die Zeit vor Erlass des H.G.Buchs[51]) fallen: 1. **G. A. Heise's** Handelsrecht, erst 1858 herausgegeben, ein Abdruck der 1814—1817 in Göttingen auf Grundlage des Kompendiums von Martens gehaltenen Vorlesungen;[52]) 2. **J. H. Bender**, Grundsätze des deutschen Handlungsrechts 2. Bde. 1814, 1828; 3. **Meno Pöhls**, Darstellung des gemeinen deutschen und hamburgischen Handelsrechts, 1828—1833, in 4 Bänden, Bd. 1 das Handels-

---

[45]) Goldschmidt S. 37; Endemann S. 56.

[46]) Einen Theil derselben führt Goldschmidt S. 53—54 auf; und zeichnet S. 49 des L. Langermann theses de jure in curia mercatorum usitato 1655 aus.

[47]) S. im Uebrigen Goldschmidt S. 54; zur Würdigung Büsch's S. 50.

[48]) Vgl. Goldschmidt S. 51.

[49]) S. auch Thöl § 24; Endemann § 10, III A; Goldschmidt § 23a I, 1.

[50]) Zur Karakteristik s. Goldschmidt S. 51.

[51]) Ueber die Zeit nach demselben s. § 12.

[52]) Ueber dessen Bedeutung vgl. Thöl S. 95.

recht, Bd. 2 das Wechselrecht, Bd. 3 das Seerecht, Bd. 4 das Assekuranzrecht enthaltend, wozu noch kommt: das Recht der Aktiengesellschaften mit bez. Rücksicht auf Eisenbahngesellschaften 1842; 4. **H. Thöl**, das Handelsrecht, 1841, 2. Aufl. 1847, 3. Aufl. 1854;[53]) 5. **K. E. Morstadt**, Kommentar über das Handelsrecht Deutschlands und Frankreichs Bd. 1, 1849; 6. **C. H. L. Brinckmann**, Lehrbuch des Handelsrechts, 1850—1857, fortgesetzt von **W. Endemann** 1860.

Alle die bisher genannten Werke behandeln ihren Stoff vom Standpunkt des gemeinen Rechts aus. Ebenso verfahren die zahlreichen bis 1860 erschienenen Werke über das deutsche Privatrecht, welche das Handelsrecht in den Kreis ihrer Betrachtung ziehen, wie die Lehr- oder Handbücher von **Runde, Danz, Eichhorn, Mittermaier, Kraut, Bluntschli, Gengler, Beseler, Walter** u. A.,[54]) die zum Theil auch für die Zeit seit Erlass des H.G.Buchs in Betracht kommen.[55])

Ausserdem gibt es Bearbeitungen des Handelsrechts vor dem H.G.Buch, welche dasselbe **vom partikularen Standpunkt** aus behandeln.

Für Oesterreich sind zu nennen: 1) **J. von Sonnleithner**, Lehrbuch des Oesterreichischen Handels- und Wechselrechts, 2. Aufl. 1832; 2) **F. Fischer**, Lehrbuch des Oesterreichischen Handelsrechts 1827, dann bearbeitet von Ellinger, die 4. Aufl. besorgt von Blodig 1860; 3) **M. von Stubenrauch**, Lehrbuch des Oesterreichischen Privathandelsrechts, 1859.[56])

Für Preussen: 1) **Miruss**, Die Grundsätze der Preussischen Handelsgesetzgebung, 1834, das Seerecht und die Flussschifffahrt nach den Preussischen Gesetzen, 1855; 2) **Hiersemenzel**, Preussisches Handelsrecht, 1856; 3) **F. Fischer**, Preussens kaufmännisches Recht, 1856. Das Preussische Handelsrecht ist ferner mit enthalten 4) in den Ergänzungen und Erläuterungen der Preussischen Rechtsbücher **von Gräff, C. F. Koch, von Rönne und Simon**, in den 4 ersten Auflagen 1837—1858; 5) in **C. F. Koch**, Allgemeines Landrecht mit Kommentar in Anmerkungen, in den ersten 2 Auflagen, 1854 ff.[57])

Auch in manchen anderen deutschen Staaten gab es theils besondere, theils in die Darstellungen des gesammten Privatrechts aufgenommene Bearbeitungen des Handelsrechts.[58])

---

[53]) Die weiteren Auflagen sind nach Publikation des H.G.Buchs erschienen, s. unter § 12, I. 4.

[54]) Goldschmidt § 23a III.

[55]) S. unten § 12, I.

[56]) S. noch andere Werke bei Goldschmidt § 23, Not. 5.

[57]) S. auch Goldschmidt § 21, Not. 7.

[58]) Goldschmidt § 22 führt die wichtigsten an; s. auch für die russischen Ostseeprovinzen § 28, Not. *.

III. Das heutige deutsche Handelsrecht.

A. Die Quellen desselben.

§ 6.

1. Uebersicht der Arten.

Das Handelsrecht weist dieselben Arten von Quellen auf, wie das sonstige bürgerliche Recht. [1])

Man hat daher zu unterscheiden

1. **positive oder geschriebene Gesetze,** unter denen nicht blos die Gesetze im engeren Sinn, d. h. die von dem Souverän, im konstitutionellen Staat unter Mitwirkung der Volksvertretung, ergangenen Erlasse, sondern alle ausdrückliche Willenserklärungen der zum Erlass berechtigten Stellen, welche Rechtsnormen enthalten, also auch Verordnungen, selbst Reglements u. s. w., zu verstehen sind. Welche Voraussetzungen für den Erlass bestehen und namentlich von wem sie ausgehen können, ist hier nicht darzustellen.

Die Befugniss zur Gesetzgebung über das Handelsrecht ist durch die Reichsverfassung Art. 4 N. 13 der Reichsgewalt beigelegt worden. Auf Grund dieser Kompetenz ist das Handelsgesetzbuch zum Reichsgesetz erklärt worden. [2]) Ausserdem sind zahlreichere weitere legislative Erlasse von der Reichsregierung aus erfolgt. [3]) Wenn auch darum noch nicht das gesammte positive Handelsrecht als Reichsrecht bezeichnet werden darf, wenn vielmehr auch noch positive Landesgesetze als Quelle des Handelsrechts mit in Betracht kommen können, so besteht doch gegenwärtig der weitaus bedeutendste und wichtigste Theil des geschriebenen Handelsrechts in Erlassen, die von Reichswegen ergangen sind.

2. Das **Gewohnheitsrecht,** das, einstmals die erste und umfassendste Quelle des Handelsrechts, als Handelsgewohnheit hier dieselben Voraussetzungen und Wirkungen hat, wie im übrigen Civilrecht, aber zu dem H.G.Buch in einem

---

[1]) Brinckmann H.R. § 7; Thöl § 11 ff.; Goldschmidt § 33 ff.; Endemann § 6.

[2]) S. darüber § 7, Not. 25 ff.

[3]) Vgl. unten § 9.

besonderen Verhältniss steht.[4]) Daran anschliessend muss von der Usanz als Geschäftsgebrauch und der Privatautonomie der grösseren Faktoren des Handelsverkehrs die Rede sein.

3. Endlich muss auch die Bedeutung der **Rechtsprechung und Wissenschaft** für den Bestand des Handelsrechts erwähnt werden.[5])

1. Die positiven Gesetze.

a. Das Handelsgesetzbuch.

§ 7.

aa. Entstehung und Einführung desselben.

Der Erlass eines gemeinsamen Handelsrechtsgesetzes wurde bereits unter der Herrschaft des alten Deutschen Bundes im Jahre 1836 von der Würtembergischen Regierung auf der Konferenz der Zollvereinsstaaten angeregt; indessen erfolglos. Auch die partikularen Entwürfe eines Handelsgesetzbuchs für Würtemberg vom Jahre 1839 und für Nassau von 1842 führten nicht zu einem Erlass desselben als Gesetze. Auf der Zollvereinskonferenz wurde dagegen auf Antrag Würtembergs 1846 die Ausarbeitung einer Wechselordnung in Angriff genommen.[1]) Die Ausführung derselben und ihre weiteren Schicksale[2]) sind an anderer Stelle zu schildern.[3])

Ernstlichere Schritte zur Abfassung eines Handelsgesetzbuchs wurden 1848 von dem damaligen Reichsministerium gethan.[4]) Allein die begonnene Arbeit wurde fallen gelassen, als die Reichsverfassung aufgehoben und der Bundestag wieder eingesetzt wurde.

Nach einigen Vorverhandlungen in den Jahren 1853 und 1854[5]) brachte jedoch am 21. Februar 1856 die Bayerische Regierung bei dem Bundestag den Vorschlag ein, eine Kommission zur Entwerfung eines Handelsgesetzbuchs für die deutschen Bundesstaaten zu berufen. Die Entscheidung über denselben verzögerte sich einigermassen, da auf die Fertigstellung eines von Preussen unternommenen Entwurfs gewartet wurde. Am 18. Dezember 1856 wurde der Beschluss gefasst, eine Kommission von Sachverständigen, welche die Regierungen der Bundesstaaten abzuordnen haben würden, zur Ausarbeitung in Nürnberg zusammentreten zu lassen. Dieselbe sollte unter angemessener Benutzung des vorhandenen Materials einen vollständigen Entwurf herstellen.[6]) Die Kommission konstituirte sich am

---

[4]) Vgl. unten § 10.

[5]) Davon handelt § 11.

[1]) S. über das bisherige Goldschmidt § 11.

[2]) Goldschmidt § 12.

[3]) S. unten Buch 5.

[4]) Thöl § 18, Not. 3. Goldschmidt § 13.

[5]) Goldschmidt § 13a.

[6]) Thöl § 18, Not. 5ff.; Goldschmidt § 13a; v. Hahn Komm. Einl. § 1 und die dortigen Nachweise.

15. Januar 1857.[7]) Als Grundlage der Berathung dienten ein Oesterreichischer und der 1857—1859 mit Motiven erschienene zweite[8]) Preussische Entwurf.[9]) Bis zum 2. Juli 1857 wurde die erste, bis zum 17. Dezember 1857 die zweite Lesung der drei ersten Bücher, enthaltend das materielle Handelsrecht mit Ausschluss des Seerechts, beendet. Das Resultat beider Lesungen wurde publizirt.[10])

Zur Berathung des Seerechts begab sich die zum Theil anders zusammengesetzte Kommission nach Hamburg und vollendete dort die erste und zweite Lesung dieses Abschnitts im Laufe der Jahre 1858 bis 1860.[11]) Eine dritte Lesung des Seerechts hatte die Kommission nicht in Aussicht genommen.

Wohl aber war eine dritte Lesung des übrigen, in vier Bücher getheilten Handelsrechts vorbehalten worden, die sich jedoch unter Vermeidung aller Wiederholungen nur auf die gegen den Entwurf zweiter Lesung erhobenen Erinnerungen beschränken sollte. Letzteren hatte eine Mehrzahl von Kritiken beleuchtet.[12]) Hauptsächlich aber galt es, bei der nochmaligen Lesung die Noten zu berücksichtigen, welche von Oesterreich, Preussen und Bayern zu dem Entwurfe gemacht worden waren.[13]) Von der Berathung wurden überhaupt ausgeschlossen das Versicherungsrecht mit Ausnahme der Seeversicherung, die ursprünglich beabsichtigten Bestimmungen über das Konkursverfahren und die Handelsgerichtsbarkeit, sowie das Recht der Binnenschifffahrt.[14]) Die dritte Lesung wurde in der Zeit vom 20. November 1860 bis 27. Februar 1861 zu Nürnberg erledigt.[15]) Ueber die Berathungen der Kommission sind ausführliche Protokolle vorhanden.[16]) Dieselben wurden sammt Beilagen zunächst für die Regierungen und Mitglieder in neun Foliobänden gedruckt, sind aber dann auch im Buchhandel erschienen.[17]) Sie liefern ein mehr als reiches Material, das zur Auslegung des Gesetzes benutzt zu werden pflegt.

Mit Bericht vom 14. März 1861 konnte von der Kommission der fertig gestellte Entwurf, einschliesslich des Seerechts in fünf Büchern,[18]) dem Bundestage überreicht werden. Dort fand er keineswegs einstimmige Billigung. Indessen

---

[7]) S. über deren Zusammensetzung nach Staaten und Personen Thöl Not. 6; Goldschmidt § 14, Not. 1 u. v. Hahn § 17.

[8]) Im Gegensatz zu dem 1856 erschienenen ersten, der nur als Manuskript gedruckt war.

[9]) Näheres über diese Entwürfe s. bei v. Hahn § 3; Goldschmidt § 14.

[10]) Goldschmidt § 14a; v. Hahn § 4, 5; Thöl § 18, III.

[11]) Goldschmidt § 14b; Thöl § 18, IV; v. Hahn § 6.

[12]) Aufgezählt bei Goldschmidt § 14c, Not. 3.

[13]) Thöl § 18, V; v. Hahn § 8; Goldschmidt § 14c. S. auch insbesondere über diese Vorgänge Thöl, zur Geschichte des Entwurfs eines allg. D. H.G.Buchs 1861. — Eine Zusammenstellung der Regierungseinwendungen findet sich in der Beilage zu den Prot. 548—598.

[14]) Goldschmidt § 15; v. Hahn § 10—12.

[15]) Goldschmidt § 14c a. E. v. Hahn § 9.

[16]) S. über die Art und Weise der Abfassung Thöl § 18, VI.

[17]) Protokolle der Kommission zur Berathung eines allg. Deutschen Handelsgesetzbuchs. Im Auftrage der Kommission herausgegeben von Lutz. 9 Thle. mit Register und Beilagen in 3 Thln. Würzburg 1858—1863. S. über die Protokolle v. Hahn § 18.

[18]) S. über die Redaktion Thöl § 18, VII.

wurde auf Majoritätsvorschlag des handelspolitischen Ausschusses durch Majoritätsbeschluss der Bundesversammlung vom 31. Mai 1861 erklärt, dass der vorgelegte Entwurf als befriedigende Ausführung des Bundesbeschlusses vom 18. Dezember 1856 erscheine und sämmtliche höchste und hohe Bundesregierungen eingeladen seien, demselben baldigst und unverändert Gesetzeskraft in ihren Landen zu verschaffen.[19])

Demgemäss wurde **das Handelsgesetzbuch eingeführt**[20]) und ist in Kraft getreten:

1. **im Königreich Preussen** durch Einf.-Ges. vom 24. Juni 1861 am 1. März 1862. Ueber die Einführung in den 1866 neu erworbenen Landestheilen u. s. unten No. 2. 5. 11. 13. 18. 29. 31. 34. 35; im Jahdegebiet Not. 25.

2. **im Herzogthum Nassau** durch Einf.-Ges. vom 2. Oktober 1861 am 1. März 1862. Dieses Einf.-Ges. ist auch nach dem Anschluss an Preussen in Kraft geblieben. Doch wurden die Art. 10 und 11 des Preuss. Einf.-Gesetzes unter Aufhebung der entgegenstehenden Bestimmungen eingeführt.

3. **im Königreich Sachsen** durch Einf.-Ges. vom 30. Oktober 1861 am 1. März 1862.

4. **im Herzogthum Sachsen-Coburg** durch Einf.-Ges. vom 19. Februar 1862 am 1. Juli 1862.

5. **im Königreich Bayern** durch Einf.-Ges. vom 10. November 1861 am 1. Juli 1862. Dieses Gesetz gilt auch noch in den 1866 von Bayern an Preussen abgetretenen Gebietstheilen mit Ausnahme der Enklave Kaulsdorf, wo durch Preuss. V.-O. vom 22. Mai 1867 das Preuss. Einf.-Gesetz eingeführt wurde.

6. **im Fürstenthum Schwarzburg-Sondershausen** durch Einf.-Ges. vom 30. Mai 1862 am 1. September 1862.

7. **im Herzogthum Sachsen-Meiningen** durch Einf.-Ges. vom 25. Juni 1862 am 1. September 1862.

8. **im Fürstenthum Waldeck** durch Einf.-Ges. vom 11. Februar 1862 am 1. Oktober 1862.

9. **im Herzogthum Anhalt-Bernburg** durch das auch nach der Vereinigung mit Anhalt-Dessau (s. No. 19) fortbestehende Einf.-Ges. vom 14. Juli 1862 am 1. Oktober 1862.

10. **im Herzogthum Sachsen-Gotha** durch Einf.-Ges. vom 11. Juli 1862 am 1. Dezember 1862.

11. **im Grossherzogthum Hessen** durch Einf.-Ges. vom 1. August 1862, welches auch in den 1866 an Preussen abgetretenen Landestheilen mit der Modifikation, dass die Art. 10 und 11 des Preuss. Einf.-Gesetzes eingeführt worden sind, noch gilt, am 1. Januar 1863.

---

[19]) S. über die betr. Verhandlungen Goldschmidt § 17; v. Hahn § 13.

[20]) Uebersichten der unter Nr. 1—32 anzuführenden Einf.-Gesetze enthält 1) die Ausgabe der Prot. von Lutz (s. Not. 17) Beilagenband, Thl. 3; 2) die Separatausgabe aus dem Beilagenband von Lutz 1866 herausgegeben; 3) v. Salpius, die Ergänzungen der D. W.-O. und des D. H.G.Buchs, Berlin 1870. — S. über die Einführung Thöl § 19; v. Hahn § 14; Goldschmidt § 17, Not. 7 ff. und eine sehr genaue Uebersicht nach den einzelnen Bundesstaaten das. §§ 21. 22; Oesterreich und Liechtenstein § 23.

12. **im Grossherzogthum Baden** durch Einf.-Ges. vom 6. August 1862 am 1. Januar 1863.

13. **in der freien Stadt Frankfurt** durch Einf.-Ges. vom 17. Oktober 1862, welches auch nach dem Anschluss an Preussen noch gilt, am 1. Januar 1863.

14. **im Grossherzogthum Sachsen-Weimar** durch Einf.-Ges. vom 18. August 1862 am 1. April 1863.

15. **im Kaiserthum Oesterreich** mit Ausnahme von Ungarn, Croatien, Slavonien, Siebenbürgen durch Einf.-Ges. vom 17. Dezember 1862 am 1. Juli 1863, in der Militärgrenze nach V.-O. vom 14. Juni 1863 am 1. Oktober 1863. Doch erstreckte sich die Einführung dort nur auf die vier ersten Bücher des H.G.Buchs.

16. **im Fürstenthum Reuss jüngerer Linie** durch Einf.-Ges. vom 23. Februar 1863 am 1. Juli 1863.

17. **im Herzogthum Braunschweig** durch Einf.-Ges. vom 14. September 1863 am 1. November 1863.

18. **in der Landgrafschaft Hessen-Homburg** durch Einf.-Ges. vom 25. August 1863 am 1. Januar 1864. Das Einf.-Ges. gilt im Uebrigen noch; indessen ist nach dem Anschluss an Preussen in dem Oberamte Meisenheim durch V.-O. vom 22. Mai 1867 das Preuss. Einf.-Gesetz eingeführt worden.

19. **im Herzogthum Anhalt-Dessau-Cöthen** durch Einf.-Ges. vom 1. September 1863 am 1. April 1864. Vgl. Nr. 9.

20. **in Lübeck** durch Einf.-Ges. vom 26. Oktober 1863 am 1. Mai 1864.

21. **im Herzogthum Sachsen-Altenburg** durch Einf.-Ges. vom 21. November 1863 am 1. Mai 1864.

22. **im Grossherzogthum Mecklenburg-Schwerin** durch Einf. V.-O. vom 28. Dezember 1863 am 1. Juli 1864.

23. **im Grossherzogthum Mecklenburg-Strelitz** durch Einf. V.-O. vom 28. Dezember 1863 am 1. Juli 1864.

24. **im Grossherzogthum Oldenburg** durch Einf.-Ges. vom 18. April 1864 am 1. Oktober 1864.

25. **im Fürstenthum Lippe-Detmold** durch Einf.-Ges. vom 30. April 1864 am 1. Oktober 1864.

26. **im Fürstenthum Schwarzburg-Rudolstadt** durch Einf.-Ges. vom 13. Mai 1864 am 1. Oktober 1864.

27. **im Fürstenthum Reuss älterer Linie** durch Einf.-Ges. vom 26. April 1862 am 1. Januar 1865.

28. **in der freien und Hansestadt Bremen** durch Einf.-Ges. vom 11. Mai 1864 am 1. Januar 1865.

29. **im Königreich Hannover** durch Einf.-Ges. vom 5. Oktober 1864, welches auch nach dem Anschluss an Preussen, jedoch mit der Modifikation, dass Art. 10. 11 des Preuss. Einf.-Gesetzes eingeführt worden sind, noch gilt, am 1. Januar 1865.

30. **im Königreich Würtemberg** durch Einf.-Ges. vom 13. August 1865 am 15. Dezember 1865.

31. **im Kurfürstenthum Hessen** durch Einf.-Ges. vom 3. Mai 1865, mit derselben Modifikation wie zu Nr. 29 noch jetzt geltend, am 1. Januar 1866.

32. **im Fürstenthum Liechtenstein** durch Einf.-Ges. vom 16. September 1865 am 1. Januar 1866.

33. **in der freien und Hansestadt Hamburg** durch Einf.-Ges. vom 22. Dezember 1865 am 1. Mai 1866.

34. **in Schleswig-Holstein** durch Preuss. Einf. V.-O. vom 5. Juli 1867 am 30. September 1867.[21])

35. **im Herzogthum Lauenburg** durch Einf.-Ges. vom 21. Oktober 1868 am 1. Januar 1869.[22])

Nicht eingeführt bis zum Bundesgesetz vom 5. Juni 1869 war das H.G.Buch im Fürstenthum Schaumburg-Lippe und dem Preussischen Jahdegebiet.

Nach diesen Einführungsgesetzen galt das H.G.Buch in den einzelnen Deutschen Staaten, wenn auch im Wesentlichen unverändert in denselben angenommen, doch formell nur als Landesgesetz. Auch fehlte es nicht in den Einführungsgesetzen an Verschiedenheit der Bestimmungen ergänzender oder modifizirender Art, zumal da, wo das H.G.Buch der Landesgesetzgebung ausdrücklich Raum verstattete.[23]) Einige dehnten den Wirkungskreis mancher Vorschriften des H.G.Buchs erheblich aus. Einige erliessen auch Bestimmungen, die als im Widerspruch mit dem H.G.Buch stehend bezeichnet werden mussten.[24])

Unter solchen Umständen war es begreiflich, dass nach Gründung des Norddeutschen Bundes bald daran gedacht wurde, das H.G.Buch zum auch formell allgemeingültigen Bundesgesetz zu erheben. Die Bundesverfassung gab in Art. 4 Nr. 13 ausdrücklich dem Bunde die Zuständigkeit zur Gesetzgebung über das Handels- und Wechselrecht. Nachdem bereits in der Sitzung des Jahres 1868 vom Reichstag dazu Anregung gegeben war, legte der Bundeskanzler im Jahre 1869 einen Entwurf vor, aus dem das **Bundesgesetz vom 5. Juni 1869,** betreffend die Einführung der allg. D. W.-O., der Nürnberger Novellen und des allg. D. H.G.Buchs als Bundesgesetze hervorging.[25])

Durch dasselbe wurden in § 1 die genannten Gesetze zu Bundesgesetzen erklärt und als solche in das ganze Bundesgebiet eingeführt. Der Vorsicht halber hob § 1 zugleich hervor, dass die Bundesgesetze vom 25. Oktober 1867, betreffend die Nationalität der Kauffahrteischiffe, und vom 29. Mai 1868, betreffend die Aufhebung der Schuldhaft, in unberührter Geltung blieben.[26])

---

[21]) S. Preuss. Gesetzblatt von 1867 S. 1133.

[22]) Wochenblatt für Lauenburg 1868 S. 473.

[23]) Goldschmidt § 17 a. E.

[24]) S. unten Not. 28.

[25]) Thöl § 20, Nr. 1; Goldschmidt § 19; v. Hahn § 15. S. über die Verhandlungen dieses Gesetzes Endemann, Arch. Bd. 17. S. 1 ff.

[26]) Zur näheren Erläuterung s. Endemann a. a. O. S. 6—17.

Die W.-O., die Nürnberger Novellen und das H.G.Buch wurden dem Gesetz als Anlagen beigegeben.[27])

Nach § 2 sind diejenigen, zur Ein- und Ausführung des H.G.Buchs erlassenen **landesgesetzlichen Bestimmungen,**[28]) **welche eine Abänderung enthalten, aufgehoben,** wie dies dem Karakter des Bundesgesetzes entspricht. Dagegen bleiben diejenigen, welche nur eine Ergänzung enthalten, in Kraft.[29])

Der § 3 führt deklarirend eine Anzahl **landesgesetzlicher Vorschriften auf, die jedenfalls in Kraft bleiben,** bei denen also nicht zu prüfen ist, ob sie als Ergänzungen oder als Abänderungen erscheinen. In Betreff des Handelsgesetzbuches sollen fortbestehen die Vorschriften:

1) nach denen unter den Landesgesetzen im Sinne des H.G.Buchs das gesammte Landesrecht verstanden sein soll und in Ansehung der betreffenden Vorbehalte des H.G.Buchs die Erlassung massgebender Vorschriften auf anderem, nach Landesrecht zulässigem Wege, als auf dem der förmlichen Gesetzgebung vorbehalten wird;[30])

2) welche noch andere Eintragungen in das Handelsregister zulassen oder gebieten;[31])

3) welche den Prokuristen zur Ertheilung von Konsensen vor den die Eigenthums- und Hypothekenbücher, Schuld- und Pfandprotokolle führenden Behörden nur dann befugt erklären, wenn ihnen diese Befugniss besonders beigelegt ist;

4) welche die Vorschriften des Landesrechts über den Eigenthumserwerb unbeweglicher Sachen für unberührt erklären;

5) welche Art. 295 des H.G.Buchs insoweit beschränken, als sie die abweichenden Vorschriften des bürgerlichen Rechts für die zum Eintrag in das Hypothekenbuch bestimmten Schuldurkunden aufrecht erhalten;[32])

6) welche die Art. 306. 307 auf die ausser Kurs gesetzten Inhaberpapiere nicht angewendet wissen wollen;[33])

7) welche bestimmen, dass unter Konkurs im Sinne des H.G.Buchs auch das Falliment des Rheinischen Rechts zu verstehen sei;[34])

8) welche bestimmen, dass durch Art. 313—316 die im bürgerlichen Recht in weiterem Umfang begründete Zulassung des Retentionsrechtes nicht berührt werde.[35])

---

[27]) B. Ges.-Blatt v. 1869 Nr. 32. S. über die Bedeutung dieses Umstandes unten § 8, Nr. 1.

[28]) S. über den Ausdruck „Landesgesetze" unten § 20, Not. 15. 16.

[29]) Zur Erläuterung s. Endemann S. 20—24; über die legislativen Erwägungen S. 17—19.

[30]) S. über diese geschraubte Bestimmung Endemann a. a. O. S. 27.

[31]) Welche das nach den Einf.-Gesetzen sind s. Endemann S. 28.

[32]) S. über die wesentlich das Immobiliarrecht angehenden Nr. 3—5 Endemann S. 29.

[33]) Welche das sind s. Endemann S. 30.

[34]) Endemann S. 31. Jetzt erledigt durch die einheitliche Konk.-Ord. des Reichs.

[35]) Endemann S. 31—34.

Dem § 4 zufolge sollen als Landesgesetze, auch wenn sie eine Abänderung des H.G.Buchs enthalten, **in Geltung bleiben:**

1) die auf die Rhederei bezüglichen Bestimmungen der Mecklenburg-Schwerinischen Einf.V.O. vom 28. Dezember 1863 §§ 51—55;[36])

2) für Bremen die V.O. vom 12. Februar 1866 über die Löschung der Seeschiffe;[37])

3) für Hamburg der § 50 des Einf.-Gesetzes vom 22. Dezember 1865.

Ausserdem sicherte § 5 für Bremen die Fortdauer der nach den §§ 16. 52 der Einf.V.O. vom 2. Juni 1864 am 1. Januar 1870, an welchem laut § 6 das Bundesgesetz vom 5. Juni 1869 in Kraft getreten ist, bestehenden Pfand- und Vorzugsrechte der Privatgläubiger von Handelsgesellschaftern.[38])

Zu einem einheitlichen Einführungsgesetz, so sehr dies auch zu wünschen gewesen wäre, ist es nicht gekommen. Doch forderte der Reichstag bei Annahme des Gesetzes den Bundeskanzler auf, die aufrecht erhaltenen Bestimmungen der Einführungsgesetze, sowie auch die Gesetzbücher selbst einer Revision zu unterwerfen und dem Reichstage darüber eine Vorlage zu machen.[39])

Da die Einführung als Bundesgesetz sich nach § 1 **auf das gesammte Bundesgebiet** bezog, so war damit auch die **Einführung in denjenigen Gebieten** des Norddeutschen Bundes gegeben, **in denen bis dahin das H.G.Buch nicht gegolten hatte**; nemlich:

1) in Schaumburg-Lippe, wo dazu eine Ausführungsverordnung vom 11. Dezember 1869 erlassen wurde,[40]) und

2) im Preussischen Jahdegebiet, für das dann weiter nach einem Preuss. Gesetz vom 9. März 1870 das Hannöverische Einf.Ges. vom 5. Oktober 1864 in Kraft gesetzt wurde.

Das Bundesgesetz vom 5. Juli 1869 wurde durch die zu Versailles abgeschlossenen Verträge und die damit verbundenen Verfassungsredaktionen vom 1. Januar 1871 **auch für Baden, Südhessen und Würtemberg**, und durch das Reichsgesetz vom 22. April 1871 vom 13. Mai 1871 ab **für Bayern gültig erklärt**.[41])

Endlich erfolgte auch die Einführung **in Elsass-Lothringen** durch Gesetz vom 19. Juni 1872.[42])

So ist das H.G.Buch allgemeingültiges, **Reichsgesetz** geworden.

---

[36]) Endemann S. 34. Z. f. H.R. Bd. 16, S. 461.

[37]) Endemann S. 36. Z. f. H.R. Bd. 16, S. 121.

[38]) Endemann S. 40 ff.

[39]) Endemann S. 43—47.

[40]) Arch. Bd. 18, S. 372.

[41]) Endemann H.R. § 7, Not. 48; Goldschmidt § 19 a. E.; v. Hahn Einl. § 15, Not. 84—86.

[42]) Z. f. H.R. Bd. 18, S. 128.

§ 8.

bb. Text, Inhalt und Auslegung.

1. Als der **authentische Text** des H.G.Buchs erscheint jetzt [1]) seit dem Bundesgesetz vom 5. Juni 1869 derjenige, welcher diesem Gesetz als Anlage (C) beigegeben ist. [2]) Derselbe Text ist dann durch Einführung jenes Gesetzes auch in den süddeutschen Staaten der allein maassgebende geworden. Auch wurde der nemliche Text, jedoch unter Einfügung der Modifikationen, welche das Bundesgesetz vom 11. Juni 1870 herbeigeführt hatte, in Elsass-Lothringen publizirt. [3])

2. **Der Inhalt und die systematische Anordnung** des H.G.Buchs bedürfen hier keiner besonderen Darstellung. Sie ergeben sich aus der ihm angeschlossenen Zusammenstellung der Ueberschriften der Bücher, Titel und Abschnitte, in welche der Stoff eingetheilt ist. [4])

Der ursprüngliche Bestand hat durch neuere Gesetze nach mehreren Richtungen hin geradezu Veränderung erlitten. [5])

a. Durch das Bundes-, jetzt Reichsgesetz vom 11. Juni 1870, das vielfach in Buch 2, Titel 2 Nr. 2, d. h. in die gesetzliche Ordnung der Kommanditgesellschaft auf Aktien (Art. 150—172), und in Buch 2, Titel 3 von der Aktiengesellschaft (Art. 207—249) eingreift.

b. Die allgemeinen Bestimmungen vom Seehandel in Buch 5, Titel 1, Art. 432—438 sind abgeändert worden durch das Reichsgesetz vom 25. Oktober 1867 betreffend die Nationalität der Kauffahrteischiffe und deren Befugniss zur Führung der Bundesflagge.

c. Buch 5, Titel 4 von der Schiffsmannschaft wurde gänzlich aufgehoben durch die Seemannsordnung vom 27. Dezember 1872.

d. Eine Mehrzahl von Bestimmungen des H.G.Buchs, welche prozessrechtlicher Beschaffenheit sind, nemlich die Art. 34—36. 37 Satz 2. 39, 77, 78, 79, Abs. 2, 488, 494, 889, hat das Einführungsgesetz vom 30. Januar 1877 zur Civilprozessordnung beseitigt. [6])

3. **Weder in seinem ursprünglichen, noch in seinem dermaligen Bestand stellt sich das H.G.Buch als eine erschöpfende Kodifikation des Handelsrechts dar.** Als eine solche kann nicht einmal das weitaus am umfassendsten und speziellsten behandelte Seerecht des fünften Buchs gelten. In den einzelnen Theilen der ersten vier Bücher zeigt sich die grösste Verschiedenheit. Manche

---

[1]) Früher der im Beilageband der Protokolle enthaltene Entwurf; s. Goldschmidt § 16, Not. 9.

[2]) Endemann, Anh. Bd. 17, S. 7; v. Hahn, Komm. Einl. S. 75, Not. 3; Goldschmidt § 19, Not. 3; Thöl § 21, I.

[3]) Als Anlage B zum Ges. vom 19. Juni 1872.

[4]) Einen Ueberblick gibt Goldschmidt § 16, I.

[5]) Ergänzungen oder mittelbare Beeinflussungen durch andere Gesetze sind hier nicht zu berühren.

[6]) Vgl. darüber im Näheren Endemann, Komm. zur C.P.O. Bd. 3, S. 520.

Materien sind so gut wie vollständig, andere ausführlich, wieder andere nur in Bezug auf einzelne Punkte oder Seiten geregelt, manche, die unzweifelhaft in das Gebiet des Handelsrechts fallen, wie der Verlagsvertrag, die Versicherung, soweit sie nicht Seeversicherung ist, gar nicht berücksichtigt.

Nach der Stellung, welche das Handelsrecht im Verhältniss zu dem übrigen bürgerlichen Recht einnimmt, dient überall das letztere [7]) zur Ausfüllung der Lücken, welche jenes lässt. Andererseits bringt namentlich das H.G.Buch keineswegs nur solche Sätze, die ihrem Gegenstand und ihrer Beschaffenheit nach ausschliesslich dem Gebiete des Handelsrechts angehören. Vielmehr sind viele Sätze desselben an sich Sätze des allgemeinen bürgerlichen Rechts, die das H.G.Buch für das Bedürfniss des Handelsverkehrs aus irgend einem Grunde, zur Verdeutlichung, zur Abschneidung von Zweifeln und Streitfragen u. s. w., unverändert oder mit gewissen Veränderungen aufzunehmen für gut befunden hat. Man kann daher [8]) in diesem Sinn **dem Handelsrecht materiell angehörige und demselben blos formell angehörige Sätze** unterscheiden.

Bedeutsam ist noch ein anderer Unterschied der Vorschriften des H.G.Buchs. Ein Theil derselben besteht aus **absoluten Vorschriften.** Diese nöthigen, durchaus nach ihnen zu verfahren und zu urtheilen; gleichviel, ob die Handlungen, Rechtsakte und Rechtsgeschäfte, welche zu deren Anwendung auffordern, vorgenommen werden müssen oder aus freier Entschliessung vorgenommen werden. Auch in dem letzteren Fall sind, wenn dies geschieht, lediglich die absoluten Vorschriften maassgebend. So lässt sich eine Aktiengesellschaft nicht anders errichten, eine Prokura nicht anders ertheilen, als unter Einhaltung der zwingenden Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs.

Aber ein grosser Theil des letzteren, vorzugsweise im vierten Buche von den Handelsgeschäften, hat blos die Bedeutung, dass die darin gegebenen Regeln nur dann zur Anwendung kommen sollen, falls die Betheiligten nichts Anderes vereinbaren oder bestimmen. Man nennt solche Regeln **dispositive oder Normativvorschriften.**

Indem solche Vorschriften erklären, was als gewollt oder vereinbart gilt, wenn nichts Anderes erklärt wird, finden sie ihre innere Rechtfertigung in der Unterstellung, dass eben, insofern kein Grund zur Abweichung vorliegt, stillschweigend so gewollt ist, wie es ihr Inhalt besagt. Allein, damit sie in Anwendung treten, ist es nicht nöthig, dass die Betheiligten wirklich den Willen haben, nach dem Inhalt der dispositiven Bestimmung zu handeln. Sie sind nicht blos Rechtsvermuthungen für die Auslegung des Willens. [9]) Vielmehr sind sie den Willen ergänzende gesetzliche Vorschriften, die selbst dann zur Anwendung kommen, wenn nachweislich ihr Inhalt nicht gewollt ist, oder wenn die Parteien

---

[7]) S. darüber unten § 20.

[8]) Mit Goldschmidt § 37, Nr. 4. S. auch v. Hahn, Vorbemerk. I zu Buch 4, Tit. 1, Abschn. 2.

[9]) Wie sie vielfach bezeichnet worden sind; s. Voigtel, Arch. Bd. 6, S. 451 und die dort in den Not. * bezeichneten Schriftsteller.

derselben sich gar nicht bewusst waren.[10]) Eine Widerlegung der Unterstellung des Gesetzes ist also nicht möglich. Das dispositive Gesetz wirkt von sich aus, setzt seine Bestimmung an die Stelle der fehlenden Willenserklärung, ohne dass nach dem Vorhandensein des Parteiwillens gefragt wird; wenn auch die meisten dieser Normativbestimmungen auf der sorgfältigen Beobachtung des Verkehrslebens, des regelmässig und vernünftigerweise Gewollten beruhen.[11])

Bei der blos ergänzenden Stellung der dispositiven Vorschriften, wonach jede abweichende konkrete Vereinbarung deren Anwendung ausschliesst, folgt, dass sich auf diesem Wege Üsanzen, autonomische oder reglementarische Festsetzungen von Vertragsnormen im Widerstreit mit ersteren bilden können. Sobald erkennbar wird, dass, sei es auch nur stillschweigend, thatsächlich der Parteiwille sich den letzteren anbequemt hat, ist daher für die Wirksamkeit der dispositiven Bestimmung kein Platz. Dagegen kann sich ein der dispositiven Vorschrift des H.G.Buchs zuwiderlaufender Handelsgebrauch nicht bilden.[12])

Verletzung der dispositiven Bestimmung, sei es durch Nichtanwendung, sei es durch unrichtige Anwendung, gibt einen Revisionsgrund ab, während auf Verletzung von, wenn auch noch so allgemein gehaltenen, statutarischen Bestimmungen, welche ihrem Wesen nach nur Vertragsbedingungen sind, niemals die Revision gestützt werden kann.[13])

Was die absoluten Vorschriften anlangt, so sind sie verschieden je nach den auf Verletzung derselben stehenden Folgen. Bald ist Ungültigkeit des sie verletzenden Rechtsaktes oder Rechtsgeschäfts, bald Strafe, bald Ersatz des Schadens oder Interesses, angedroht. Bei manchen fehlt es an jeder Androhung.[14]) Zuwiderlaufende Vereinbarung ist Verletzung derselben; aber mangels irgend einer Androhung folgenlos.

4. **Zur Auslegung** des H.G.Buchs liefern Material einmal die der Berathung desselben zu Grunde gelegten Entwürfe sammt den Motiven, welche dem Preussischen beigegeben waren,[15]) sodann aber namentlich die Protokolle der Nürnberger Kommission.[16])

Ueber die Bedeutung dieser Materialien für die Auslegung herrscht keines-

---

[10]) Thon, Rechtsnorm u. subjekt. Recht S. 362 ff. Karlowa, Rechtsgeschäft S. 177; Grünhut, Recht des Kommissions-Handels S. 157 ff.

[11]) Vgl. auch Thöl § 248, Not. 25; Goldschmidt § 33, Not. 31, woselbst auch eine Zusammenstellung dispositiver Artikel des H.G.Buchs.

[12]) Dies ist durch Art. 1 gehindert; s. § 10, Not. 31 ff.

[13]) C.P.O. § 511, 512; vgl. Endemann Komm. zu § 512, I A. — Beispiele aus dem Verhältniss zur Nichtigkeitsbeschwerde des früheren Prozessrechts s. Goldschmidt § 33, Not. 31 a. E.

[14]) Zusammenstellungen s. bei Goldschmidt Not. 34—37.

[15]) S. darüber oben § 7, Not. 8.

[16]) S. über diese § 7, Not. 17.

wegs Einverständniss. Indessen ist der Streit[17]) ohne grosse praktische Bedeutung.[18]) Es genügt daher kurz die Hauptgesichtspunkte hervorzuheben.

Der Auslegung des Gesetzes kann nur der Wille des „Gesetzgebers" zu Grunde gelegt werden. Gesetzgeber des H.G.Buchs waren ursprünglich die Einzelstaaten, welche dasselbe in ihren Gebieten einführten. Solange die Geltung des H.G.Buchs nur auf dieser partikularen Grundlage stand, war also formell nach dem gesetzgeberischen Willen eines jeden einzelnen Staates zu fragen, wenn auch hierbei unterstellt werden durfte, dass die einführenden einzelnen Staaten einen materiell übereinstimmenden Willen hatten. War doch Rechtseinheit das erstrebte Ziel. Seitdem das H.G.Buch Reichsgesetz geworden ist, kann nur noch von dem einheitlichen gesetzgeberischen Willen der Gesetzgebungsgewalt des Reiches die Rede sein. Allein liess sich mangels eingehender Berathung und Beschliessung der einzelnen Bestimmungen des H.G.Buchs schon nicht direkt erkennen, welchen Sinn der Wille der Einzelstaaten mit den Vorschriften des Gesetzbuchs verband, so fehlt es vollends an der Möglichkeit nachzuweisen, wie sich die Reichsgesetzgebung bei dem Gesetz vom 5. Juni 1869 zu der Auffassung der Einzelstaaten gestellt hat und wie der Sinn beschaffen war, den sie ihrerseits den Bestimmungen des H.G.Buch beilegte.

Umsomehr ist ein natürlicher Anreiz gegeben, sich an die Vorarbeiten und die Protokolle zu wenden. Häufig werden von Schriftstellern und in den Entscheidungen der Gerichte auch die ersteren, namentlich aber die letzteren so als Interpretationsquelle benutzt, als ob darin der Wille des Gesetzgebers ausgesprochen oder die dort niedergelegte Ansicht von dem Gesetzgeber zu der seinigen gemacht worden sei. Auf solche Weise werden aus jenen Quellen leicht Interpretationen geschöpft, die geradezu als authentische behandelt werden, weil man unmittelbar den Willen des Gesetzgebers mit den dort kundgegebenen Meinungen identifizirt. Dies ist ungerechtfertigt.

Weder die Verfasser der Entwürfe und Motive sind, selbst wenn sie in offiziellem Auftrag arbeiten, Gesetzgeber, noch auch die Mitglieder einer Berathungskommission. Eine Willenserklärung derselben von bindendem Karakter gibt es nicht. Ausserdem ist es bekannt und liegt in der Natur der Sache, dass die Meinung einer solchen Kommission über den Sinn der von ihr aufgestellten Vorschriften in sehr vielen Fällen selbst aus förmlicher Abstimmung nicht mit Sicherheit erkannt werden kann; und vollends versteht sich von selbst, dass einzelne Meinungsäusserungen, auch dann, wenn das in ihnen vertheidigte Resultat schliesslich angenommen worden ist, keineswegs immer einen sicheren Rückschluss auf die Annahme dieser oder jener Begründung zulassen. Gesetzt aber, die Ansicht der gesammten Kommission oder ihrer Majorität wäre bestimmt zu ermitteln, so bleibt dann immer noch der Zweifel übrig, ob dieselben Gründe

---

[17]) Der bes. zwischen v. Hahn, Einl. § 19 und Goldschmidt § 34, Nr. 2 geführt ist, an dem sich aber auch noch Andere, s. die Nachweise bei Goldschmidt, betheiligt haben.

[18]) Wie Goldschmidt Not. 27 mit Recht hervorhebt.

zugleich von den Faktoren der Gesetzgebung, auf deren Willen es ankommt, gebilligt und für entscheidend gehalten worden sind.

Mithin fehlt es an zuverlässigen Momenten, dass der Gesetzgeber [19]) die Gesetzesvorschriften in dem Sinne erlassen hat, welchen die Nürnberger Kommission mit denselben verband. Dies schliesst freilich nicht aus, bei der wissenschaftlichen Erklärung des Gesetzes und insbesondere bei der Erforschung der hierfür besonders erheblichen Entstehungsgeschichte der Artikel oder Abschnitte des H.G.Buchs die Vorarbeiten und die Protokolle zu Hülfe zu nehmen. [20]) Aus ihnen eröffnen sich namentlich die in Betracht kommenden Gesichtspunkte. Allein die eigentliche Entscheidung in Auslegungsfragen kann und soll nach logischer Erkenntniss aus dem Gesetz selbst, [21]) dem Wesen der darin behandelten Institute und deren Auffassung nach anerkannten Rechtsgrundsätzen von statten gehen. [22])

Natürlich gilt dasselbe auch für die Auslegung anderer Gesetze aus deren Vorarbeiten.

§ 9.

b. Weitere handelsrechtliche Reichsgesetze.

Das H.G.Buch ist bei Weitem nicht das einzige Reichsgesetz, welches zum Gebiete des Handelsrechts gehört. Der Umfang des letzteren wird unmittelbar oder mittelbar von einer Mehrzahl anderer Gesetze berührt, welche zum Theil in der Zeit des Norddeutschen Bundes, zum Theil seit 1871 im Deutschen Reich erlassen wurden. Die ersteren sind nach Anschluss der Süddeutschen Staaten auch in diesen, meist am 1. Januar 1871, in Bayern jedoch theilweise erst durch das Reichsgesetz am 22. April 1871 am 13. Mai 1871 in Kraft getreten.

Im Folgenden mögen für das Handelsrecht die wichtigsten dermalen bestehenden Gesetze, Verordnungen und Reglements übersichtlich angeführt werden. Auf vollständige Aufzählung alles dessen, was, sei es auch noch so entfernt, vielleicht auch für den Handelsverkehr Interesse haben könnte, muss verzichtet werden. [1])

1. Mehrere Gesetze beziehen sich **auf die Seeschifffahrt**; so das Gesetz vom 25. Oktober 1867 nebst V.O. vom 25. Oktober 1867, einigermassen

---

[19]) Ein Begriff, dem man, wenn von einem Wollen die Rede ist, stets erst die realen Faktoren der Legislation, Souverän und Volksvertretung, substituiren muss.

[20]) S. über die Ansichten Siebenhaars, der dies nicht für zulässig, und Schlesingers, der die Protokolle dazu für unbrauchbar hält, Goldschmidt Not. 23. 24.

[21]) Einzelne Landesgesetze können nicht als Basis der Auslegung für das H.G.Buch dienen.

[22]) Derselbe, mit v. Hahn übereinstimmende Standpunkt ist vertreten in Betreff der Materialien der Justizgesetze in Endemann's Komm. zur C.P.O. Bd. 1, S. 26 ff. — Ueber die Praxis des R.O.H.G. s. dessen Entsch. Bd. 6, S. 408; Bd. 8, S. 127; Bd. 10, S. 368; Bd. 17, S. 287; Bd. 18, Nr. 107.

[1]) Eine chronolog. Uebersicht bis zum Ende 1873 s. auch bei Goldschmidt § 18a.

modifizirt durch das Gesetz vom 28. Juni 1873 betr. die Registrirung und Bezeichnung der Kauffahrteischiffe, über die Nationalität der Kauffahrteischiffe und die Befugniss zur Führung der Reichsflagge; die Seemannsordnung vom 27. Dezember 1872; das Gesetz betr. die Verpflichtung Deutscher Kauffahrteischiffe zur Mitnahme hülfsbedürftiger Seeleute vom 27. Dezember 1872; die Verordnung vom 23. Dezember 1871 zur Verhütung des Zusammenstossens der Schiffe auf See, woran sich die Verordnung vom 15. August 1876 über das Verhalten der Schiffer nach einem Zusammenstoss anschliesst; die Strandungsordnung vom 17. Mai 1874; Gesetz vom 27. Juli 1877 betr. die Untersuchung von Seeunfällen.

2. Andere gehen die für den Handel wichtigen **Verkehrsanstalten** an. Hier sind zu erwähnen:

a. in Betreff der Post das Gesetz vom 28. Oktober 1871, in einem Punkt abgeändert durch Gesetz vom 20. September 1875 über das Postwesen sammt Postordnung vom 8. März 1877; die Gesetze vom 28. Oktober 1871 und 17. Mai 1873 über das Posttaxwesen.[2])

b. in Betreff der Eisenbahn das Bahnpolizeireglement vom 4. Januar 1875 und das Bahnbetriebsreglement vom 11. Mai 1874.[3])

c. in Betreff der Telegraphie die Telegraphenordnung vom 1. Juli 1872.[4])

3. **Die Maass- und Gewichtsordnung** vom 17. August 1868; dazu weiter Gesetz vom 10. März 1870; ferner die Eichordnung 16. Juli 1869 und eine Reihe von Ergänzungen und Nachträgen.[5])

4. **Das Geld- und Banknotenwesen** ist ausführlich und definitiv geordnet, nachdem mehrfach vorbereitende Maassregeln vorangegangen waren, durch das Münzgesetz vom 9. Juli 1873, das Papiergeldgesetz vom 30. April 1874 und das Bankgesetz vom 14. März 1875.[6])

5. **Zum Schutz des geistigen Eigenthums, der Erfindungen u. s. w.**, sind erlassen worden das Gesetz vom 11. Juni 1870 betr. das Urheberrecht an Schriftwerken u. s. w.; sodann das Gesetz vom 9. Januar 1876 betr. das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste, das Gesetz vom 10. Januar betr. den Schutz der Photographien und das Gesetz vom 11. Januar 1876 betr. das Urheberrecht an Mustern und Modellen. Dazu kommt das Patentgesetz vom 25. Mai 1877.[7])

6. Die **Gewerbeordnung** vom 21. Juni 1869 sammt den daran anknüpfenden

---

[2]) Vgl. über die Gesetze und deren Literatur Laband, Staatsrecht des Deutschen Reichs Bd. 2, § 71, Not. * und v. Rönne, Staatsrecht des deutschen Reichs Bd. 2, § 99, bes. Nr. IV.

[3]) Laband § 72; v. Rönne § 100.

[4]) Laband § 71, Not. *; v. Rönne § 99, VI.

[5]) S. über die Gesetzgebung und Literatur dieser Materie Laband § 75, Not. *; v. Rönne § 95, I.

[6]) Ueber die Gesetze und Literatur des Münzwesens s. Laband § 74, Not. *; v. Rönne § 96, I u. § 97, I; des Bankwesens Laband § 23, Not. *; v. Rönne § 98, I.

[7]) S. darüber unten Buch 2, Abschn. 4.

Ergänzungen und Modifikationen hat für das Privathandelsrecht nur untergeordnete Bedeutung.[8])

7. Dagegen gehören wesentlich hieher, auf das **Gesellschaftsrecht** bezüglich,

a. Das Gesetz vom 4. Juli 1868 betr. **die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften.**[9])

b. Das Gesetz vom 11. Juni 1870 betr. **die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften**; dazu das Gesetz vom 16. Dezember 1875 betr. die Umwandlung von Aktien süddeutscher Währung.[10])

8. Das Gesetz vom 14. November 1867 betr. **die vertragsmässigen Zinsen.**[11])

9. Das Gesetz vom 29. Mai 1868 betr. **die Aufhebung der Schuldhaft.**[12])

10. Das Gesetz betr. **die Errichtung eines obersten Gerichtshofs** für Handelssachen vom 12. Juni 1869, dessen Promulgation in engstem Zusammenhang stand mit der Erhebung der W.O. und des H.G.Buchs zu Reichsgesetzen, hat jetzt sammt den zahlreichen seine Kompetenz ausdehnenden Bestimmungen, nachdem durch das G.V.Gesetz vom 27. Januar 1877 das Reichsgericht eingesetzt worden ist, nur noch wenig praktisches Interesse.[13])

11. Das Gesetz vom 21. Juni 1869 betr. **die Beschlagnahme der Dienstlöhne**, dessen Inhalt in der Reichs-Civilprozessordnung § 749 Nr. 1 aufrecht erhalten wird.[14])

12. Das Gesetz vom 21. Juni 1869 betr. **die Gewährung der Rechtshülfe**, wird, wenn gleich nicht völlig, doch grossentheils durch die Reichsprozessordnungen und das Gerichtsverfassungsgesetz § 157 ff. absorbirt.[15])

13. **Das Haftpflichtgesetz** vom 7. Juni 1875 betr. die Verpflichtung zum Schadensersatz für die bei dem Betriebe von Eisenbahnen, Bergwerken u. s. w. herbeigeführten Tödtungen und Körperverletzungen.[16])

14. Das Gesetz vom 8. Juni 1871 betr. **die Inhaberpapiere mit Prämien**, sammt zahlreichen durch dasselbe veranlassten Bekanntmachungen.[17])

15. Das Gesetz vom 30. November 1874 **über den Markenschutz.**[18])

---

[8]) S. über diese, die dazu gehörigen Novellen und die Literatur Laband § 76.

[9]) S. darüber unten Buch 1, Abschn. 4.

[10]) Das Nähere s. unten Buch 1, Abschn. 3, III.

[11]) Vgl. Endemann H.R. § 92, Not. 20 ff.

[12]) Vgl. über dessen Verhältniss zur C.P.O. Endemann, Komm. zur C.P.O. Bd. 3, S. 333, 516.

[13]) Vgl. über dieses seiner Zeit höchst wichtige Gesetz Endemann, Arch. Bd. 17, S. 67 ff.; Goldschmidt § 20; Thöl § 23. Nur noch gegenüber dem § 3 des Einf.Ges. zum G.Verf.Ges. haben die betreffenden Kompetenzbestimmungen Bedeutung, insofern sie die Zuständigkeit des obersten Landesgerichtshofs beschränken.

[14]) Endemann, Komm. zur C.P.O. Bd. 3, S. 267.

[15]) Endemann a. a. O. Bd. 1, S. 144 ff. — Ueber das Gesetz von 1869 s. Endemann, die Rechtshülfe im Nordd. Bunde, 1869.

[16]) Vgl. unten Buch 3, Abschn. 10.

[17]) Endemann H.R. § 139, Not. 14 ff. v. Rönne § 105, Not. 8 ff.

[18]) Endemann H.R. § 19. S. unten in Buch 1, Abschn. 1.

§ 10.

3. Das Handelsgewohnheitsrecht.

Neben dem positiven Handelsrecht dient als Quelle der Rechtsnormen für den Handelsverkehr die Handelsgewohnheit, auch Handelsgebrauch oder Üsanz genannt.[1]) Indessen ist der Name einigermassen unsicher, indem als Handelsgebrauch oder Üsanz nicht selten auch dasjenige bezeichnet wird, was passender blos als Geschäftsgebrauch zu bezeichnen wäre. Demgemäss hat man zu unterscheiden:[2])

I. **Die Handelsgewohnheit, der Handelsgebrauch oder die Üsanz im eigentlichen Sinn**, als Quelle von Rechtssätzen, die in derselben Weise zwingender Natur sind, wie die aus positivem Gesetz hervorgegangenen.

Für die erste Bildung des Handelsrechts war die Gewohnheit geradezu Haupt-, fast alleinige Quelle. Oft wurden die handelsgebräuchlichen Rechtssätze in den autonomen Statuten der Kaufmannschaften unter Kontrole der Obrigkeit, oder von den Obrigkeiten der Handelsstädte schriftlich fixirt. Die älteren Stadt-, Markt-, Landesordnungen und selbst Reichsgesetze sind grossentheils nichts Anderes als Aufzeichnungen geltender Gewohnheiten.[3]) Auch von dem kodifizirten Handelsrecht lässt sich sagen, dass es vielfach nur wiedergibt, was bereits gewohnheitliches Recht war. Indessen tritt die Bedeutung des ungeschriebenen Rechts der Natur der Sache nach in demselben Maasse zurück, als das geschriebene Recht zunimmt; jedoch ohne dass darum die Gewohnheit neben der Kodifikation bedeutungslos würde.[4])

A. Was den **Begriff der Handelsgewohnheit** anlangt, so ist zunächst zu konstatiren, dass der Ausdruck „Handelsgebräuche" in Art. 1 des H.G.Buchs mit demselben zusammenfällt, folgeweise nicht auf die Üsanz in dem unten (s. II) zu bezeichnenden Sinn zu beziehen ist. Aus der Berathung des Art. 1, dem Zwecke und Wortlaut desselben ergibt sich, das nur diejenigen Handelsgebräuche gemeint sind, welche als Entscheidungsnormen dienende Rechtssätze erzeugen.[5])

---

[1]) Bei den älteren Schriftstellern usus s. consuetudo mercatorum; coutume commerciale der Franzosen, custom of merchants der Engländer. Goldschmidt § 35 z. A.; Thöl § 11; s. auch Brinckmann § 7.

[2]) Keyssner in Gruchots Beiträgen Bd. 12, S. 581. — S. über die Unsicherheit auch R.O.H.G. Bd. 12, S. 287; Bd. 16, S. 37. Bes. Bearbeitungen dieser Materie s. bes. von Laband Z. f. H.R. Bd. 17, S. 466 ff.; Voigtel, Arch. Bd. 6, S. 458; Keyssner a. a. O. und die sehr eingehende Darstellung von Goldschmidt § 35. Vgl. aber auch gegen v. Gerber, Bemerk. zu Art. 1 (Leipziger Dekanatsprogramm 1871) v. Hahn, Zusatz zu Art. 279. — Ausführlich auch Anschütz-Völderndorff zu Art. 1, Nr. 4; v. Hahn zu Art. 1, § 12.

[3]) S. darüber das reiche Material bei Goldschmidt § 35, Not. 1—9.

[4]) Wie Goldschmidt Not. 14a mit Recht gegen Marschner Z. f. H.R. Bd. 11, S. 456 bemerkt.

[5]) So v. Hahn zu Art. 1, § 12. Goldschmidt § 35, Nr. I. Das R.O.H.G. Bd. 3, S. 2; Bd. 6, S. 370; Bd. 11, S. 243 hat die abweichende Ansicht, s. Anschütz-Völderndorff Komm. Bd. 1, S. 18 u. a., verworfen.

Für den Handelsgebrauch in diesem Sinn gelten an sich dieselben Regeln wie für das Gewohnheitsrecht, welches sich im Gebiete des sonstigen bürgerlichen Rechts bildet.[6])

B. **Der Umfang**, in dem sich die Handelsgewohnheit festsetzt, kann ein sehr verschiedener sein. Sie ist bald eine allgemeine, d. h. für das ganze Reich, vielleicht sogar international gültige, oder eine partikulare oder sogar nur lokale. Für den Begriff der ersteren ist nicht etwa nothwendig, dass deren Anerkennung für jeden Theil oder Ort des Reichsgebiets nachgewiesen wird. Es genügt, Allgemeingültigkeit im logischen Sinne zu erkennen.[7]) Auf blos lokale Gewohnheit verweist das H.G.Buch mehrfach, auch wo es Handelsgewohnheit meint.[8]) Ortsgebrauch zeigt sich namentlich auch als Markt-, Mess-, Börsengebrauch, der keineswegs immer nur Üsanz in dem unter II zu berührenden Sinn darstellt.

Ebenso kann dem Gegenstande nach der Umfang sehr verschieden sein, indem sich die Handelsgewohnheit bald auf den gesammten Handel, bald nur auf gewisse Handelszweige oder den Verkehr mit gewissen Handelsgegenständen, oder auch auf gewisse Klassen von Personen u. s. w. bezieht.[9])

C. **Die Voraussetzungen** der Handelsgewohnheit sind dieselben wie bei jeder Rechtsgewohnheit. Es bedarf

1. **einer thatsächlichen, erkennbaren Uebung,**[10]) häufig genug, um daraus den Begriff der Gewohnheit zu entnehmen; wofür sich ebensowenig, wie für die nothwendige Zeitdauer abstrakte Regeln geben lassen. Dasselbe gilt von der Stetigkeit der Uebung, die erheischt werden muss.[11])

2. Die Gewohnheit darf **nicht gegen das die Uebung verbietende Recht, die Sittlichkeit oder das Gemeinwohl** verstossen und, zumal als Handelsgewohnheit, nicht Treu und Glauben verletzen.[12])

3. Die Uebung muss sich als **bewusste und gewollte Bethätigung eines bestehenden Rechtssatzes** kund thun.[13]) Auch in dieser Richtung kann nur das konkrete Ermessen des Richters entscheiden. Eine bestimmte Legaltheorie ist unmöglich.[14])

---

[6]) Goldschmidt § 35, Not. 13; Savigny, Syst. Bd. 1, § 7 ff. Windscheid, Pand. § 15 ff.; Puchta, Pand. § 11 ff.; Beseler, D. Privatrecht § 29 ff.; Stobbe Bd. 1, § 21 ff.; Förster Bd. 1, § 16 u. a. — Ausführlicher sind die gemeinschaftlichen Grundsätze auch entwickelt bei Thöl § 11 ff.; Goldschmidt durch den § 35 hindurch.

[7]) Goldschmidt Not. 15.

[8]) Vgl. darüber Laband a. a. O. S. 490 ff. Goldschmidt § 36, Not. 15 und Beispiele § 35, Not. 16.

[9]) Beispiele s. Goldschmidt Not. 16b.

[10]) Goldschmidt Not. 18 und Windscheid § 15, Not. 2 gegen die Ansicht, dass es auch latente Gewohnheit gebe, bes. von Thöl § 12, Not. 4 vertreten.

[11]) Goldschmidt § 35, Not. 17—22.

[12]) Savigny Bd. 1, S. 421. Windscheid § 16; Goldschmidt § 35, Not. 34.

[13]) Goldschmidt § 35, Not. 23; Anschütz-Völderndorff Bd. 1, S. 17. — Die sog. opinio necessitatis; s. auch Thöl § 12, Nr. 1.

[14]) Endemann § 6, Not. 10; Goldschmidt § 36, Not. 11—13; Laband a. a. O. S. 489.

D. Um die Gewohnheit anwenden zu können, **muss der Richter Kenntniss derselben besitzen oder erhalten.** In dieser Hinsicht herrschten seither sowohl in der Theorie, als auch in der Praxis mancherlei Zweifel, wie es sich mit dem Bedürfniss und der Art des Beweises verhalte.[15]) Durch die Reichsgesetzgebung ist aber nunmehr das Prinzip klargestellt.[16])

Der Richter braucht das einheimische Gewohnheitsrecht so wenig wie Statuten zu kennen; geschweige denn ausländisches. Wenn er das Gewohnheitsrecht selber kennt, so hat er dasselbe unbedingt gleich dem Gesetz anzuwenden; und der Richter kann sich dabei auf seine eigene Sachkunde verlassen, ohne etwa unter allen Umständen Sachverständige heranziehen zu müssen.[17]) Kennt er es nicht, so wird Ermittlung nöthig. Allein dabei geht das Gesetz von der Unterstellung aus, dass ein förmliches Beweisverfahren zu vermeiden ist. Zwar wird auch von den Parteien Beibringung von Nachweisen über die Existenz oder Nichtexistenz des Gewohnheitsrechts erwartet. Sie können solche von selbst herbeischaffen oder auch vom Gericht dazu aufgefordert werden. Aber in erster Linie gilt das Gericht für berechtigt und verpflichtet, von Amtswegen das Bestehen oder Nichtbestehen zu erforschen, sei es mit Benutzung der Nachweise der Parteien, sei es davon unabhängig oder über dieselben hinausgehend. In der Wahl der Mittel und Wege hat der Richter durchaus freie Hand. Mag sich die Ermittlung direkt auf die Existenz der Gewohnheit, oder auf die Thatsachen richten, aus denen die Existenz geschlossen werden soll, stets hat der Richter nach seiner freien Ueberzeugung zu entscheiden, ob er die Gewohnheit als bestehend oder als nicht bestehend zu erkennen vermag.[18])

Als **Mittel der Erkenntniss** dienen mündliche und schriftliche Zeugnisse allgemeiner Art, Parömien,[19]) der Gerichtsgebrauch, der häufig sogar die eigentliche Grundlage der Gewohnheitsbildung ist, Erkenntnisse der Gerichte, welche mehr oder minder bestimmt die Existenz oder die Nichtexistenz des Gewohnheitsrechts bezeugen,[20]) offizielle Aufzeichnungen.[21]) Auch die Bestätigung des Bestehens oder Nichtbestehens in der einschlagenden Literatur verdient je nach den Umständen Beachtung.[22]) Den allgemeinen Zeugnissen lassen sich diejenigen gegenüberstellen, welche sich auf den einzelnen Fall beziehen, seien es mündliche, seien es schriftliche, die dann, wenn sie Erfolg haben, ihre Wirkung leicht auch auf spätere Fälle erstrecken.[23]) Der Natur der Sache

---

[15]) S. darüber die Citate bei Goldschmidt § 35, Not. 38—39.

[16]) R.-Civ.-Proz.-Ord. § 265; vgl. Endemann Komm. zu ders. Bd. 2, S. 83.

[17]) Dies spricht G.V.Ges. § 118 für die Handelssachenkammern der Landgerichte besonders aus.

[18]) Das erhellt auch aus der C.P.O. § 265.

[19]) Goldschmidt § 35, Not. 54.

[20]) Sicher kann auch eine Unterlassung als Fall der Uebung erscheinen; R.O.H.G. Bd. 12, S. 346.

[21]) Goldschmidt Not. 49. Ein gesetzlich bestätigter Handelsgebrauch, s. R.O.H.G. Bd. 8, S. 264, ist nicht mehr blos Gewohnheitsrecht.

[22]) Goldschmidt Not. 51—53 mit mehrfachen Beispielen, auch aus der Praxis des R.O.H.Gerichts.

[23]) Goldschmidt S. 57.

nach wird man sich wegen solcher Zeugnisse an Sachkundige wenden, Kaufleute, Mäkler, Rechtskundige u. s. w.,[24]) oft und vorzugsweise an Vorstände von Handelskammern oder sonstigen Handelskorporationen. Die Aeusserungen derselben über Handelsgebräuche heissen Pareres.[25])

Die Anwendung des richterlichen Eides zur Fesstellung erscheint, wenn es zu einer Art von Beweisverfahren kommt, nicht gerade ausgeschlossen,[26]) obwohl das Prinzip der C.P.O. § 265 dazu kaum Raum übrig lässt. Von der Anwendung des zugeschobenen Eides kann nach § 265 nicht mehr die Rede sein.[27])

Bei der Beurtheilung der von ihm oder von den Parteien herbeigeschafften Zeugnisse hat der Richter lediglich seiner freien Ueberzeugung zu folgen. Dies gilt selbstverständlich auch gegenüber den eingeholten Pareres.[28])

E. Die Gewohnheit **schafft ebenso gut Rechtssätze wie die Gesetzgebung;** und zwar sowohl Rechtssätze von absolut zwingender, als auch solche von normativer[29]) Beschaffenheit. So wirkt das Gewohnheitsrecht theils das Gesetzesrecht ergänzend, indem es die von dem letzteren gelassenen Lücken ausfüllt, theils dasselbe verändernd oder aufhebend. In der ersteren Richtung ist die Wirksamkeit der Gewohnheit im Gebiete des Handelsrechts nicht minder, als in dem des bürgerlichen Rechts ausser Zweifel. Hingegen ist über die derogatorische Kraft der Gewohnheit gegenüber dem positiven Gesetz vielfach gestritten worden.

Indessen darf für das Bürgerliche Recht die Ansicht jetzt als die herrschende bezeichnet werden, dass die Gewohnheit das Gesetzesrecht auch zu modifiziren oder aufzuheben vermag; und zwar gebietendes Gesetzesrecht nicht minder als dispositives. Ausgeschlossen ist freilich die derogatorische Kraft, soweit das positive Gesetz dieselbe ausdrücklich oder der Natur der Sache nach verbietet. Letzteres ist namentlich insofern der Fall, als ein gemeinrechtliches Gesetz nach dessen zu unterstellenden Willen keine Aufhebung durch blos partikulare oder lokale Gewohnheit duldet.[30])

Dies Alles gilt auch für das bürgerliche Recht insoweit, als es in Handelssachen zur Anwendung kommt.

Anders steht es um das Verhältniss des Handelsgebrauchs in dem hier

---

[24]) Goldschmidt Not. 58—60a.

[25]) Goldschmidt Not. 61—63; Endemann § 6, Not. 12; Thöl § 13, 2b.

[26]) Bei der Natur dieses Eides nach C.P.O. § 437; vgl. Endemann Komm. Bd. 2, S. 350.

[27]) Damit erledigt sich Goldschmidt Not. 64.

[28]) Goldschmidt § 35, Not. 65 ff. und § 36, Not. 11—13, Endemann H.R. § 6, Not. 13. Einer weiteren Ausführung bedarf es nicht mehr nach C.P.O. § 259 und die doktrinelle Anleitung zu rechtlicher Würdigung bei Thöl § 13 nützt nicht. R.O.H.G. Bd. 16, S. 37.

[29]) Gleich den im H.G.Buch enthaltenen Normativbestimmungen; s. oben § 8 bei Not. 9.

[30]) S. über diese Sätze Savigny, Syst. B. 1, S. 194 ff. Windscheid § 18; Goldschmidt § 35, Not. 34a, 35; Thöl § 11, Not. 8 ff.; über die Rechte, welche die derogirende Wirkung beschränken, s. Goldschmidt Not. 36, 37.

festzuhaltenden Sinn des Handelsgewohnheitsrechtes zu dem Handelsgesetzbuch bei Beurtheilung von Handelssachen. Art. 1 des H.G.Buchs bestimmt, dass in Handelssachen, soweit dieses Gesetzbuch keine Bestimmungen enthält, die Handelsgebräuche zur Anwendung kommen. Damit ist einerseits die das H.G.Buch ergänzende Bedeutung der Handelsgewohnheit anerkannt,[31]) andererseits jede abändernde oder aufhebende Wirkung der letzteren versagt. Weder können dem H.G.Buch zuwiderlaufende ältere Handelsgebräuche nach dessen Inkrafttreten fortbestehen, noch auch neue zuwiderlaufende in irgend einem Umfang sich bilden. Dass dies in Art. 1, wenn gleich nicht ausdrücklich gesagt, beabsichtigt und enthalten ist, wird durch seine Entstehungsgeschichte bestätigt. Man hat die Rechtseinheit des H.G.Buchs vor zersplitternden Handelsgebräuchen sichern zu müssen geglaubt.[32]) Diese Wirkung der Ausschliessung der Handelsgewohnheit haben auch die dispositiven Bestimmungen des Gesetzbuchs. Allein es erhellt, dass darum keineswegs thatsächlich der dispositiven Gesetzesvorschrift zuwider laufende Uebung ausgeschlossen ist. Nur ist letztere lediglich aus dem Gesichtspunkt der vom Gesetz zugelassenen abweichenden Willensäusserung aufzufassen, nicht als Grundlage einer derogatorischen Gewohnheit.[33])

II. Von dem Handelsgebrauch in dem bisher berührten Sinne wesentlich verschieden ist **der Geschäftsgebrauch**,[34]) der freilich häufig auch Handelsgebrauch oder Üsanz, stylus mercatorum, usage genannt wird.[35]) Darunter ist zu verstehen die Art, wie im Handel, sei es in engerem, sei es in weiterem Kreise, bei gewissen Rechtsakten oder Rechtsgeschäften verfahren wird. Dieser thatsächliche Geschäftsgebrauch kann auch zu der Handelsgewohnheit in Beziehung stehen. Möglich, dass er als Ausdruck einer bereits vollendeten oder einer sich bildenden Handelsgewohnheit erscheint. Namentlich sind ältere Üsanzen vielfach Handelsgebräuche im Sinne des Gewohnheitsrechts[36]) und noch heute sind Handelsgebrauch und Geschäftsgebrauch nicht immer leicht zu unterscheiden. Nichts desto weniger muss unterschieden werden, weil der Geschäftsgebrauch, der nicht ein gewohnheitsrechtlicher ist, d. h. nicht von der Ueberzeugung, dass so nach bestehendem Recht verfahren werden müsse, ein anderer ist, als der Geschäftsgebrauch von nur thatsächlicher Natur, der aus Zweckmässigkeitsgründen, Gefälligkeit oder unbewusst, aus Gewöhnung, Convenienz, aber nicht in der Ueberzeugung, dass es so das Recht erheischt, geübt wird.[37])

---

[31]) Goldschmidt § 36, Not. 15. Der gewohnheitliche Rechtssatz gilt wie der gesetzliche, einerlei ob er dem Betheiligten bekannt ist oder nicht. R.O.H.G. Bd. 17, S. 497.

[32]) S. v. Hahn zu Art. 1, § 16—18; Anschütz-Völderndorff Bd. 1, S. 13; Endemann H.R. § 6, Not. 15; Goldschmidt § 36, Not. 16 ff.; Laband a. a. O. S. 466, 507 ff. — R.O.H.G. Bd. 6, S. 370; Bd. 11, S. 243.

[33]) Laband S. 489. Goldschmidt § 36, Not. 20; R.O.H.G. Bd. 6, S. 369.

[34]) S. Laband S. 467; auch über die Auffassungen der Gerichte.

[35]) S. über die Namen Goldschmidt § 35 z. A.; über die allmähliche Erkenntniss des Gegensatzes und dessen Anerkennung von Seiten des R.O.H.Gerichts, sowie den vergeblichen Versuch auch die Bezeichnungen auseinander zu halten, s. das. Not. 23a.

[36]) Beispiele s. bei Goldschmidt Not. 25; Aufzeichnungen derselben Not. 11 ff.

[37]) Goldschmidt Not. 26, 28.

A. Der Geschäftsgebrauch oder Geschäftsstyl in diesem Sinne erzeugt keine Rechtssätze, dient aber **als Quelle, aus der bei Stillschweigen der Wille der Betheiligten,** sich nach der Üsanz zu richten, insbesondere zu vereinbaren, wie diese lautet,[38]) **erkannt, oder die Auslegung** der von ihnen abgegebenen Willenserklärungen oder der Vereinbarungen **gefunden wird.** [39])

B. **Der Umfang** eines Geschäftsgebrauchs kann sehr verschieden sein. Er entsteht möglicherweise und verdient Beachtung[40]) nur im Verkehr zwischen zwei Geschäftsleuten; aber er kann sich subjektiv auch auf weitere Kreise erstrecken, auf die gesammte Kundschaft eines Geschäfts, ja auf das gesammte Publikum, objektiv mehr oder minder umfassend auf einzelne, mehrere oder viele Geschäftsarten oder Geschäftszweige erstrecken, für den Verkehr nur an einem oder an mehreren Plätzen, vielleicht nur für den Markt, die Börse u. s. w. gelten. Je umfänglicher und bestimmter der Geschäftsgebrauch ist, desto schwieriger wird oft die Unterscheidung von der Handelsgewohnheit. Von jeher sind viele derartige Geschäftsgebräuche durch Aufzeichnung festgestellt worden.[41]) Dies geschieht auch heute noch häufig.[42]) Und wenn dies geschieht, so sind diese Aufzeichnungen nicht Ausfluss der Autonomie, die gesetzgeberische Gewalt hätte, sondern nur Sammlungen von Normativbedingungen der Handelsgeschäfte;[43]) wobei freilich nicht zu vermeiden ist, dass nicht selten diese Üsanzenaufzeichnungen von autonomischen Bestimmungen kaufmännischer Kreise, Korporationen und von den Geschäftsbedingungen, z. B. der Versicherung, des Transports u. s. w., welche allgemeinhin von grösseren Geschäftsunternehmungen, von einer jeden für sich, oder im Verein aufgestellt zu werden pflegen, schwer zu unterscheiden sind.

C. Der Geschäftsgebrauch **muss nöthigenfalls als bestehend nachgewiesen werden.** Als Nachweis werden vorzugsweise Aufzeichnungen, offizielle oder öffentliche Bekanntmachungen zu benutzen sein. Indessen sind auch irgend welche andere Beweismittel zu benutzen.[44]) Die Beurtheilung der Beweisfähigkeit unterliegt jedenfalls der freien richterlichen Würdigung.[45]) Ob Kenntniss

---

[38]) Laband S. 476.

[39]) R.O.H.G. Bd. 3, S. 3, u. weiter die lange Reihe von Beispielen aus den Entsch. des R.O.H.Gerichts bei Goldschmidt Not. 28b. Laband S. 477, Not. 19.

[40]) Zeugnisse des R.O.H.Gerichts dafür s. Goldschmidt Not. 28c; vgl. Laband S. 467 ff.

[41]) Vgl. Goldschmidt § 35, Not. 7, 25.

[42]) Umfassende Sammlungen existiren nicht; aber viele wurden in Zeitschriften mitgetheilt, wie namentlich Börsen- und Platzüsanzen für gewisse Branchen; z. B. Hamburger Bestimmungen über den Kaufmannskonvent Z. f. H.R. Bd. 15, S. 170. Leipziger Börsenordnung das. S. 516; ferner Ordnung der Berliner Fondsbörse Bd. 17, S. 625; Üsanzen des Berliner Mehlhandels Bd. 18, S. 517, Sprithandels S. 521; Produktenbörse S. 525; des Danziger Getreidehandels Z. f. H.R. Bd. 19, S. 189; des Hamburger Baumwoll-, Tabak-, Theehandels das. S. 201, 203, 206; des Leipziger Spiritushandels das. S. 213; s. weiter das. S. 229, 509, 510, 514, 516; Bd. 20, S. 220, 244, 246; Bd. 21, S. 262, 269, 277, 499; Anl. zu Bd. 23, S. 285 ff.; Bd. 24, S. 525 ff.; Arch. Bd. 39, S. 186 u. a.

[43]) Laband S. 482.

[44]) Ueber vorsichtige Benutzung von Statuten, Schlussscheinen u. dgl. s. Goldschmidt Not. 56.

[45]) C.P.O. § 259.

der Betheiligten von dem Geschäftsgebrauch speziell nachzuweisen nöthig erscheint, ist eine Frage für sich. Da der Geschäftsgebrauch nicht Rechtssatz ist, dem sie ohne Weiteres sich zu fügen haben, da vielmehr aus demselben nur auf den Willen derselben geschlossen werden soll, muss an sich, um das, was der Geschäftsgebrauch besagt, als gewollt erscheinen zu lassen, Kenntniss erheischt werden.[46] Allein allerdings kann es vorkommen, dass sich auch dem unbekannten Gebrauch unterworfen wird, indem ausdrücklich vereinbart oder auch stillschweigend als selbstverständlich betrachtet wird, dass nach dem bestehenden Geschäftsgebrauch verfahren werden soll, selbst wenn ihn der Betheiligte nicht speziell kennt. Es bedarf also sorgfältiger konkreter Untersuchung des einzelnen Falls, um sich zu vergewissern, ob mit Kenntniss des Geschäftsgebrauchs oder auch mit Unterwerfung unter den unbekannten gehandelt worden ist; eine Frage, die sich ebensogut auf den Nichtkaufmann wie auf den Kaufmann bezieht.[47]

D. **Die Wirkung** des Geschäftsgebrauchs ist die, dass er als Bestandtheil der Willenserklärung zu berücksichtigen ist. Art. 279 des H.G.Buchs sagt ausdrücklich, dass bei Beurtheilung der Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen ist. Die Zusammenstellung mit den Gewohnheiten in dieser Vorschrift erklärt sich daraus, dass hier auch mit diesem Namen nicht das Handelsgewohnheitsrecht oder der Handelsgebrauch in dem unter I dargestellten Sinn, sondern im Zusammenhang mit dem Ausdruck „Gebräuche" nur die Verkehrssitte, der Geschäftsgebrauch gemeint ist.[48] Als Interpretationsmittel bei Willenserklärungen hat aber der Geschäftsgebrauch der Natur der Sache nach dem Gesetz gegenüber nur insoweit Effekt, als das Gesetz der Willenserklärung Freiheit lässt. Gegen absolute, gebietende oder verbietende Gesetzesbestimmungen kann der Geschäftsgebrauch nicht aufkommen; wohl aber erweist er sich wirksam gegenüber blos normativen oder dispositiven Bestimmungen, die eben dem freien Willen und folglich auch dem Willen, nach der Usanze zu verfahren, Raum lassen,[49] und vollends da, wo das positive Gesetz nichts verfügt.

§ 11.

4. Rechtsprechung und Wissenschaft.

I. **Die Praxis der Gerichte**, welche sich in deren Entscheidungen kundthut, erscheint nicht als unmittelbare Rechtsquelle in der Weise, dass sich von einem „Recht der Praxis" reden liesse.[1] Durch die einzelne gerichtliche Ent-

---

[46] Laband S. 495 ff. Darin liegt wieder ein grosser Unterschied vom Gewohnheitsrecht, das anzuwenden ist, gleichviel ob es den Betheiligten bekannt war oder nicht.

[47] Vgl. über diesen Punkt Laband S. 484, 492; Goldschmidt Not. 30a, 31, woselbst auch eine Menge von Beispielen aus der hiermit übereinstimmenden Praxis des R.O.H.Gerichts. S. auch v. Hahn zu Art. 279, Not. 4.

[48] Vgl. v. Hahn zu Art. 279, § 2; R.O.H.G. Bd. 3, S. 1; Bd. 6, S. 370.

[49] Laband S. 487; anerkannt vom R.O.H.G. Bd. 3, S. 1.

[1] Thöl § 14.

scheidung wird ein Rechtssatz angewendet, aber Recht direkt nur für den einzelnen Fall unter den vermöge der Rechtskraft gebundenen Personen gemacht. Selbst wenn eine gleichmässige Auslegung und Uebung des bestehenden positiven oder gewohnheitlichen Rechts in einer Vielheit von Urtheilen sich bethätigt, ja selbst wenn die Uebung eine durchweg konstante ist, erzeugt sie keineswegs dem Gesetze gleich verbindliche Normen. Ebenso wenig schafft sie solche da, wo sie nicht aus bestehendem Recht, sondern aus der Analogie oder der Natur der Sache schöpft. Indessen kann die Praxis, wenn sie gleichmässig ist, [2]) unbestreitbar wichtig werden als Zeugniss, als mitwirkendes, oder wesentliches Element, vielleicht sogar, zumal nach heutigen Verhältnissen, als alleinige Grundlage der Bildung eines Gewohnheitsrechtes. [3])

Im Uebrigen ruht die Bedeutung der Praxis, vornehmlich wenn deren Uebung getragen ist von wissenschaftlicher Einsicht und Wahrheit, in der natürlichen Autorität, welche ihren Ansprüchen zukommt. Eine formelle Bindung an vorangegangene gerichtliche Entscheidungen gibt es nicht einmal für die Untergerichte gegenüber den Präjudizien der höheren und namentlich des höchsten Gerichtshofs. [4]) Ja nicht einmal der Entscheidung höherer Instanz in derselben Sache ist das niedere Gericht in Bezug auf die Rechtsauffassung formellen Gehorsam schuldig; mit der einzigen Ausnahme, die in gewissem Maasse bei Revisionsurtheilen eintritt. [5]) Geschweige denn, dass abgesehen von solcher Unterordnung für die Gerichte und für Jedermann irgend welche Präjudizien schlechthin als bindende Normen gelten könnten. Dies ist so wenig der Fall, dass selbst die verbreitetste oder geradezu allgemeine Meinung der Gerichte sowenig wie die der Theoretiker die Prüfung ihrer Richtigkeit ausschliesst oder überflüssig macht. Mit gutem Grunde lässt man es bei dem berechtigten Einfluss bewenden, den die Rechtssprüche durch ihre innere Güte und Ueberzeugungsfähigkeit gewinnen.

Dass ein solcher Einfluss in erster Linie dem höchsten Gerichtshof nicht mangelt, wenn dieser seinen Beruf erfüllt, hat in Handelssachen die Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts zur Genüge bestätigt und wird die des nunmehrigen Reichsgerichts auch künftig, wie man erwarten darf, bestätigen. Dies ist gerade darum zu wünschen, weil das Reichsgericht als höchste Instanz hauptsächlich zu dem Zweck eingesetzt worden ist, die Einheit des Rechts zu wahren und zu fördern. [6])

---

[2]) Dass sie das sein müsse, nach dem Satz: „was dem Einen recht, ist dem Andern billig", erscheint sehr wünschenswerth. Eine Rechtsregel daraus zu machen, ist vergebliches Bemühen; s. Thöl a. a. O.

[3]) S. auch oben § 10, Not. 20.

[4]) Nach manchen Partikulargesetzen war das früher der Fall; s. Goldschmidt § 34, Not. 8. Nach dem Reichsgesetze, der G.Verfassung und der C.P.O., ist davon keine Rede mehr.

[5]) R.C.P.O. § 528; Endemann, Komm. Bd. 2, S. 480.

[6]) Ueber die Sammlungen und Mittheilungen der gerichtlichen Entscheidungen s. § 12, V u. VI.

II. **Die Wissenschaft** [7]) durchdringt und erklärt zunächst das bestehende Recht, wirkt auf diese Weise für dessen Erkenntniss und trägt dadurch zur Weiterentwicklung bei. Aber sie findet auch neue Rechtssätze, theils im Wege der Analogie, theils aus freier Beobachtung der Erscheinungen des Lebens und Erkenntniss des Wesens derselben. Ihre Aufgabe besteht darin, die rechte Anwendung des bestehenden Rechts zu sichern, dasselbe kritisch zu erläutern, sowie auf die Ergänzung der Lücken hinzuarbeiten, die das geschriebene und ungeschriebene Recht aufweist.

Die Rechtssätze, welche die Wissenschaft findet, haben ebensowenig wie die Präjudizien der Rechtspflege formell verbindliche Kraft. Formelle Verbindlichkeit können sie erst dadurch erlangen, dass sie durch Gesetz oder Gewohnheit bestätigt werden. Allein dass sie materiell Einfluss auf die Rechtsbildung zu äussern vermögen, lässt sich nicht leugnen. Der Einfluss wird naturgemäs desto grösser sein, je mehr es die wissenschaftliche Theorie, zumal die des Handelsrechts, versteht sich bei vollem Verständniss des Verkehrslebens und der in demselben herrschenden Auffassungen zu erhalten, und je mehr sie ihr Ziel nicht darein setzt, die realen Erscheinungen um jeden Preis in die hergebrachten schematistischen Formeln und Rubriken zu zwängen, sondern sich bemüht, überall das wirkliche Wesen der Sache darzulegen und diesem die juristische Konstruktion anzupassen.

Aeusserlich tritt die Wissenschaft in Erscheinung durch die Literatur.

§ 12.

B. Die Literatur des heutigen Deutschen Handelsrechts.

Seit dem Erlass des H.G.Buchs [1]) hat sich die Literatur des Handelsrechts besonders reichhaltig entwickelt. Es existiren zunächst:

I. Werke, welche das gesammte Handelsrecht **systematisch darstellen.** So:

1) **E. M. A. Gad,** Handbuch des allg. D. Handelsrechts. Theil 1 engeres Handelsrecht 1863; 2) **W. Auerbach,** das neue Handelsgesetz syst. dargestellt, Abth. 1 1863, Abth. 2 1865; 3) **Goldschmidt,** Handbuch des H.Rechts Bd. 1 Abth. 1. (geschichtlich-lit. Einleitung und Grundlehren) in 2. Auflage 1875; Abth. 2 (Waare) in 1. Aufl. 1868; 4) **Thöl,** das Handelsrecht 6. Aufl. 1879; 5) **Endemann,** das deutsche Handelsrecht syst. dargestellt, 3. Aufl. 1876.

---

[7]) Vgl. dazu Thöl § 15; Goldschmidt § 34, Not. 1—7; Endemann H.R. § 6,III.

[1]) Die vor demselben liegende Literatur s. in § 5.

Uebersichten der neueren Lit. s. bei Wengler vgl. unten II, No. 8; sodann Fr. Scheffer u. C. Gross, Repertorium zum H.G.B. 1867; Grünewald, Repertorium 1871; Laband, krit. Vierteljahrsschr. Bd. 12, S. 20 ff; Katalog der Kommerzbibliothek zu Hamburg; Goldschmidt, Hdb. § 23a; Thöl § 24; Endemann § 10. u. Voigtel, Uebersicht d. Lit. des D. Handelsrechts seit Einführung des H.G.Buchs 1876. — Besprechungen u. Anzeigen vieler Werke im Einzelnen s. in der Z. f. H.R., in Busch's Archiv u. der krit. Vierteljahrsschrift v. Pözl.

Populäre Darstellungen sind 1) **O. Wächter,** das Handelsrecht nach dem A. D. H.G.Buch und den Einführungsgesetzen. 2 Theile 1865. 1866; 2) **O. Hahn,** das Handelsrecht nach dem A. D. H.G.Buch 1870; 3) **F. Dahn,** Handelsrechtliche Vorträge, 1875.

Ein **kurzes Lehrbuch** hat geliefert **Gareis,** das Deutsche Handelsrecht 1880.

Grundrisse enthalten: 1) **Kraut,** Grundriss zu Vorlesungen über das D. Privatrecht mit Einschluss des Lehn- und Handelsrechts, 5. Aufl. 1872; 2) **Gareis,** Grundriss zu Vorlesungen über das bürgerliche Recht 1877.

Als **encyclopädische Darstellung** kann erwähnt werden **Endemann,** in Holtzendorffs Encyclopädie 3. Aufl. 1876 S. 515 ff.

Ausserdem finden sich mehr oder minder umfassende systematische Bearbeitungen des Handelsrechts in einer Reihe **von Werken des Deutschen Privatrechts.** Es sind hier zu nennen: 1) **Hillebrand,** Lehrbuch des gem. D. Privatrechts mit Einschluss des Handels- und Lehnrechts 2. Aufl. 1864; 2) **v. Gerber,** System des D. Privatrechts 13. Aufl. 1878; 3) **Bluntschli,** D. Privatrecht, 3. Aufl. herausgegeben von F. Dahn 1864; 4) **Beseler,** System des gem. D. Privatrechts 3. Aufl. 1873.

Berücksichtigt, wenn auch nicht als besonderer Theil aufgenommen, wird das Handelsrecht von 1) **Windscheid,** Lehrbuch des Produktenrechts, 5. Aufl. 1880; 2) **Stobbe,** Handbuch des deutschen Privatrechts, bis jetzt 3 Bde. 1871—1878; 3) **Förster,** Theorie und Praxis des heutigen gem. Preuss. Privatrechts, 4 Bde. 1865—1873; 4) **Dernburg,** Lehrbuch des Preuss. Privatrechts, 2 Bde. 1871, Bd. 1 in 2. Aufl. 1879; 5) **Roth,** Bayer. Civilrecht 3 Bde. 1870; 6) **Siebenhaar,** Lehrbuch des Sächs. Privatrechts 1872; 7) **Böhlau,** Mecklenburgisches Landrecht, 2 Bde. 1871.

Eine Vergleichung mit dem französischen Recht versucht **Bierer,** das deutsche H.Recht mit dem Seerecht und vergleichender Darstellung des französischen Rechts 2. Aufl. 1874.

II. **Kommentare,** welche das H.G.Buch erläutern, sind in grosser Zahl erschienen.

Als die bedeutendsten sind für das Handelsrecht im engeren Sinn, mit Ausschluss des Seerechts, zu nennen: 1) **von Hahn,** Kommentar zum H.G.Buch, 1. Aufl. 2 Bde. 1862—1867; 2. Aufl. Bd. 1 und Bd. 2 bis Art. 347 1871—1876, 3. Aufl. Bd. 1. 1877; 2) **Anschütz und von Völderndorff,** Kommentar zum H.G.Buch, 3 Bde. 1867—1873; 3) **Puchelt,** Kommentar zum H.G.Buch mit besonderer Berücksichtigung der Praxis des R.O.H.Gerichts, 2. Aufl. 1876; 4) **Makower,** des A. D. H.G.Buch mit Kommentar herausgegeben, das Seerecht mit umfassend; 8. Aufl. 1880; 5) **C. F. Koch,** das A. D. H.G.Buch herausgegeben mit Kommentar und Anmerkungen, in dessen Allg. Landrecht für die Preuss. Staaten, Thl. 2 Bd. 1 Abth. 1, 4. Aufl. 1871.

Kürzere Erläuterungen und Anmerkungen liefern: 6) **Brix,** das A. D. H.G.Buch vom Standpunkte der Oesterr. Gesetzgebung erläutert 1864; 7) **Blodig,** die vier ersten Bücher des A. D. H.G.Buchs, revidirt auf Grund des Oesterr. Einf.-Gesetzes 1865; 8) **Wengler,** das allg. D. H.G.Buch 1867 unter Berücksichtigung

namentlich der Präjudizien des R.O.H.Gerichts; 9) **Keyssner**, das A. D. H.G.Buch nach Rechtssprechung und Wissenschaft 1878, ohne das Seerecht; 10) **Litthauer**, das A. D. H.G.Buch nebst Einführungs- und Ergänzungsgesetzen, ausschliesslich des Seerechts, 4. Aufl. 1879; 11) **Kowalzig**, das A. D. H.G.Buch mit Ausschluss des Seerechts erläutert, 2. Aufl. 1879; 12) **Basch**, Codex des Handelsrechts 1879.

Ausserdem existirt noch eine ganze Reihe von **Textausgaben mit Anmerkungen**, Sachregister und dergl., zum Theil für den Handelsstand oder hauptsächlich für den partikularen Gebrauch bestimmt, die übergangen werden können.

III. **Die Monographien** über einzelne handelsrechtliche Materien sind in diesem Werk an den betreffenden Stellen anzuführen. Sammlungen von Abhandlungen enthalten die unter VI benannten Zeitschriften.

IV. **Sammlungen der Rechtsquellen** bieten ausser den Gesetzblättern und sonstigen offiziellen Publikationen theilweise gleichfalls die unten aufgeführten Zeitschriften dar. Der Mittheilung von Quellenmaterial vorzugsweise mit gewidmet ist: 1) das **Preussische Handelsarchiv**, seit 1847; 2) das **Bremer Handelsblatt**, seit 1852; 3) **die Austria** für Oesterreich, seit 1852.

Ueber die **Sammlungen von Usanzen** s. oben § 10, Not. 41. 42.

Ueber **Sammlungen des Handels- und Schifffahrts-, sowie sonstiger** für den Handel erheblicher **Staatsverträge** s. **Goldschmidt** § 23a V a. E.

Sammlungen von kaufmännischen Gutachten, die aber fast sämmtlich vor dem H.G.Buch liegen s. **Goldschmidt** § 23a VII und **Thöl** § 24, VI.

V. **Die Rechtssprüche** sind seit der Existenz des H.G.Buchs[2]) vielfach mitgetheilt in den unter VI zu erwähnenden Zeitschriften. Zugleich gibt es aber viele Sammlungen, die nur für die Aufnahme von Entscheidungen der Gerichte bestimmt sind; und zwar:

A. Sammlungen der partikularen Praxis. Dahin gehören namentlich 1) die Sammlung **der Entscheidungen des O.App. Gerichts zu Lübeck** in Hamburgischen, Frankfurter, Bremischen und Lübecker Rechtssachen bis 1865.[3]) Dann seit 1865 Sammlung der Entscheidungen des O.-App.Gerichts der vier freien Städte zu Lübeck, herausgegeben von Kierulff, bis 1874 7 Bde. 2) **Archiv für Rechtsfälle**, die zur Entscheidung **des Preuss. Obertribunals** gelangt sind, herausgegeben von **Striethorst**, bis 1879; und civilrechtliche Entscheidungen **des O.App. Gerichts zu Berlin** (vor seiner Vereinigung mit dem Obertribunal) herausgegeben von **Fenner** und **Mecke**; 3) **für Bayern Sammlung handelsgerichtlicher Entscheidungen**, herausgegeben von **von Völderndorff** 2 Bde. 1865. 1867; dann wichtiger **Entscheidungen des Bayer. Handelsapp. Gerichts**, 3 Bde. 1868—1870, endlich von Entscheidungen **des obersten Gerichtshofs in Gegenständen des Handels- und Wechselrechts**, 2 Bde. 1873, 1874; 4) **Annalen des K. Sächsischen O.App.Gerichts** zu Dresden, seit 1859 und **Wochenblatt**

[2]) Ueber die früheren s. Goldschmidt § 23a. VI, 1. u. Thöl § 24, V.
[3]) Genaue Angabe der Titel s. Goldschmidt § 23a VI, 3a.

für merkwürdige Rechtsfälle; 5) **Entscheidungen des O.App.Gerichts zu Rostock,** herausgegeben von **Buchta** und **Budde,** seit 1854; 6) **Archiv für das Civil- und Kriminalrecht der K. Preuss. Rheinprovinzen,** seit 1819; 7) Sammlung von **civilrechtlichen Entscheidungen des k. k. Oesterr. obersten Gerichtshofs,** seit 1853.

Eine kurze Zusammenstellung der Präjudizien liefert das **Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte** der Deutschen Staaten, herausgegeben von **Seuffert,** später von **Preusser,** seit 1847. Die Sammlung insbesondere in Handels-, See- und Wechselrechtssachen von **Kletke** reicht nur bis Ende 1858.

B. Weitaus am wichtigsten sind jedoch seit der Einsetzung dieses Gerichtshofes geworden **die Entscheidungen des Bundes-, später Reichs-Oberhandelsgerichts** herausgegeben von Mitgliedern desselben 1871—1879 24 Bände. Für die Zeit von 1871—1873 wurden die Entscheidungen auch noch mitgetheilt in zwei anderen Sammlungen, 1) Rechtssprechung des Deutschen Oberhandelsgerichts, herausgegeben von Stegmann, und 2) Wochenschrift für Deutsches Handels- und Wechselrecht nach den Entscheidungen des Oberhandelsgerichts, herausgegeben von Calm. Ausserdem haben jene Entscheidungen Aufnahme in viele Zeitschriften und Zeitungen erfahren.

Kürzere **Zusammenstellungen** aus der vorerwähnten offiziellen Ausgabe, zu welchen deren Umfang Anlass gab, sind 1) **Calm,** Rechtsgrundsätze der Entscheidungen des R.O.H.Gerichts, seit dem Bd. 2 fortgeführt von **Horch,** 3 Bde; 2) theilweise auch **Gross,** die Erkenntnisse des R.O.H.Gerichts nach den Artikeln des H.G.Buchs und der W.O. systematisch zusammengestellt 1872; 3) in **Behrends** Zeitschrift für Deutsche Gesetzgebung und Rechtspflege Bd. 6. 7. Vgl. übrigens auch die oben unter II, 8—11 angeführten Kommentare oder Annotationen des H.G.Buchs.

Als weitere Ergänzung der Mittheilungen aus der Praxis will dienen **Grünewald,** Rechtsgrundsätze der Entscheidungen deutscher Gerichtshöfe mit Ausnahme des R.O.H.Gerichts, seit 1877.

Seit dem 1. Oktober 1879 kommen an erster Stelle in Betracht **die Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen,** herausgegeben von den Mitgliedern von 1880 ab, deren erste Abtheilung „Reichsrecht" die handelsrechtlichen Erkenntnisse bringt. Eine andere Sammlung derselben ist von **Blum und Braun** begonnen worden.

VI. **Von Zeitschriften,** in denen sich Abhandlungen, Quellen und Entscheidungen finden, sind zu erwähnen: 1) **Neues Archiv für Handelsrecht,** herausgegeben von **Voigt** und **Heinichen,** das aber nur während der Zeit von 1858—1863 erschienen ist; 2) **Archiv für deutsches Wechselrecht,** herausgegeben von **Siebenhaar** und **Tauchnitz,** 6 Bde., dann als Archiv für Deutsches Wechsel- und Handelsrecht von Bd. 10 bis 18 nur von **Siebenhaar** fortgesetzt, 1861—1869; dann neue Folge, redigirt von **Barnewitz** 4 Bde. 1870—1873; 3) **Centralorgan** für den Deutschen Handelsstand von **G. Löhr,** 3 Bde., 1862—1864; später Centralorgan für das deutsche Handels- und Wechselrecht Bd. 1—5 von G. Löhr, Bd. 6—9 von Hartmann herausgegeben 1865—1873; dann eingegangen.

Zur Zeit bestehen noch 4) **Archiv für Theorie und Praxis** des allg.

Deutschen Handels- und Wechselrechts, herausgegeben von **Busch**, Bd. 1—25, 1862—1872 mit vollständigem Register zu Bd. 1—15 und Bd. 16—25, 1869. 1872; dann neue Folge, seit 1872—1878 Bd. 26—37 mit Register, weiter Bd. 38—40. 5) **Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht**, herausgegeben von **Goldschmidt**, von Bd. 8 an von **Goldschmidt und Laband**, von Bd. 12 an unter Mitwirkung von **Malsz**, nach Ausscheiden des letzteren Bd. 19 nur von **Goldschmidt und Laband**, Bd. 20 unter Hinzutritt von **Sachs**, Bd. 21. 22 unter weiterem Hinzutritt v. **Hahn's**, Bd. 23. 24, unter weiterem Hinzutritt **Keyssner's** redigirt, zusammen bis jetzt 24 Bde., mit Register zu Bd. 1—10 und zu Bd. 11—15, sammt mehreren Beilageheften.

Zeitschriften für spezielle Fächer, Versicherung, Eisenbahnwesen u. s. w. sind hier nicht aufzuzählen.

C. Gegenstand und Umfang des Handelsrechts.

§ 13.

1. Grundbegriffe.

Wenn das Handelsrecht von dem allgemeinen bürgerlichen Recht abgesondert sein soll, bedarf es einer Bestimmung seiner Kompetenz; gerade wie die sachliche Kompetenz getrennter Handelsgerichte gegenüber den sonstigen Gerichten bestimmt werden muss. Seit ein eigenes Handelsrecht sich zu bilden begonnen hat, sind zwei Momente, ein subjektives und ein objektives, für die Ausmessung der Zuständigkeit entscheidend erschienen. Nach der historischen Entwicklung derselben lag es ursprünglich nahe, hauptsächlich auf das subjektive Moment Gewicht zu legen, die Anwendung des Handelsrechts von der Kaufmannsqualität abhängig zu machen. In erster Linie war das Handelsrecht Standesrecht der Kaufleute, solange ein förmlicher Kaufmannsstand existirte. Indessen mischte sich stets, wenn auch in geringerem Maasse, die Rücksicht auf die objektive Beschaffenheit des Geschäftsverkehrs und seiner Geschäfte mit ein. Gegen die Neuzeit ging die standesmässige Abgeschlossenheit der Kaufleute immer mehr verloren. Das rein oder vorwiegend subjektive System der Zuständigkeit wurde mithin unhaltbar. Naturgemäss wandte sich die neuere Gesetzgebung immer mehr dem objektiven System, der Bestimmung der Zuständigkeit nach dem Wesen des Handelsgeschäfts zu; freilich ohne das subjektive Moment der Kaufmannsqualität ganz aufzugeben. [1])

Dieses **gemischte System** hat auch das H.G.Buch angenommen. Nach mancherlei Schwankungen [2]) entschied man sich dafür, dass die Zuständigkeit im Wesentlichen nach dem objektiven Begriff des Handelsgeschäfts zu bestimmen

[1]) S. die Nachweise bei Goldschmidt § 42, Not. 14—17. — So auch nach dem Cod. de comm. s. das. Not. 15, der jedoch in Art. 631 ff. die Handelsgeschäfte nur um der Kompetenz der Handelsgerichte willen definirt. Französ. Rechtssprüche über Handelsgeschäft u. Handelssache theilt mit Dreyer, Z. f. H.R. Bd. 21, S. 284; Bd. 24, S. 578.

[2]) Goldschmidt § 42 nach Not. 17a.

sei.[3]) An die Spitze stellte man vier Kategorien von Geschäften, die unter allen Umständen Handelsgeschäfte sind, und fünf Kategorien, die bei gewerbemässiger Uebung als Handelsgeschäfte erscheinen. Spricht hiernach, da die gewerbemässige Uebung von Handelsgeschäften nach Art. 4 die Kaufmannseigenschaft begründet, schon bei der Definition der sog. Grundgeschäfte des Handels[4]) auch das subjektive Moment mit, so ist dies noch mehr der Fall bei den Bestimmungen, die sich in den Art. 273. 274 anschliessen.

Der Begriff des Kaufmanns, auf den es hiernach mitankommt, ist unten zu entwickeln.[5]) Die vorliegende Darstellung hat, den Kaufmannsbegriff als gegeben voraussetzend, die einzelnen **Arten der Handelsgeschäfte**, welche den Gegenstand des Handelsrechts, inbesondere der Rechtsvorschriften des H.G.Buchs bilden, näher zu betrachten. Das System derselben ergibt sich aus den nachfolgenden §§ 14—16.[6])

Eine allgemeinere Unterscheidung, die vorher zu erledigen ist, besteht zwischen **einseitigen und zweiseitigen Handelsgeschäften.**[7])

Insofern die Qualität eines Geschäftes als Handelsgeschäft von gewissen Merkmalen abhängt, ist es möglich, dass diese bei jedem von beiden, oder nur bei einem der Kontrahenten zutreffen. Darnach redet man von zwei- und einseitigen Handelsgeschäften. Namentlich macht sich die Unterscheidung da geltend, wo die Handelsgeschäftsqualität von dem Gewerbebetrieb oder der Kaufmannseigenschaft abhängt. Indessen können auch bei absoluten Handelsgeschäften die objektiven Merkmale möglicherweise nur bei dem einen Kontrahenten zutreffen.

Früher, als das subjektive System für die Kompetenz des Handelsrechts im Vordergrunde stand, war man geneigt einseitige Handelsgeschäfte auf der Seite des einen Kontrahenten, der Kaufmann war, nach Handelsrecht, auf der Seite des anderen nach dem sonstigen Civilrecht zu beurtheilen. Allein, je mehr das objektive System herrschend wurde, desto mehr erschien eine einheitliche Beurtheilung auch der einseitigen Handelsgeschäfte, und zwar nach Handelsrecht, angemessen. Diese Richtung hat auch das H.G.Buch eingeschlagen, indem es den Art. 277 aufnahm.[9])

---

[3]) Dagegen streitet Thöl § 25.

[4]) Thöl § 34, Nr. 1; Keyssner zu Art. 271, Nr. 1.

[5]) In Buch 1, Abschn. 1. Namentlich auch im Verhältniss zum Begriff des Handwerks und Kleinbetriebes; vgl. oben § 2, Nr. 6.

[6]) Die Anregung eines Streites um die Nomenklatur, die Thöl § 32 gibt, kann dahingestellt bleiben.

[7]) Goldschmidt § 45; Thöl § 36 (der auch diese Nomenklatur ohne Noth bemängelt); Endemann § 5, Not. 35 ff.

[8]) Wie bes. die Wiederveräusserungsabsicht des Art. 271, No. 1. s. v. Hahn, Vorbemerk. zu Buch 4 Tit. 1, Abschn. 1, § 4.

[9]) S. über dessen Entstehungsgeschichte Goldschmidt Not. 4. Daselbst auch Einiges über die Auffassung fremder Rechte. — Zur Erläuterung s. v. Hahn u. Anschütz-Völderndorff zu Art. 277.

Darnach finden die Bestimmungen des vierten Buchs über die Handelsgeschäfte gleichmässig auf beide Kontrahenten Anwendung, auch wenn das Geschäft nur auf Seiten des einen Handelsgeschäfts ist. Insoweit wird also die einheitliche Beurtheilung der einseitigen Handelsgeschäfte nach Handelsrecht gesichert. [10]) Allein die Bestimmung bezieht sich nur auf die Anwendung des vierten Buchs. [11]) Ausserdem findet sich die Beschränkung hinzugefügt: „sofern nicht aus diesen Bestimmungen (des vierten Buchs) sich ergibt, dass ihre besonderen Festsetzungen sich nur auf denjenigen Kontrahenten beziehen, auf dessen Seite das Geschäft Handelsgeschäft ist."

Demnach gibt es in dem vierten Buche Bestimmungen von verschiedener Anwendbarkeit; [12]) nemlich 1) solche, die nur für die aus objektiven oder subjektiven Gründen zweiseitige Handelsgeschäfte gelten, [13]) und 2) solche die auch für einseitige Handelsgeschäfte, und zwar bei diesen entweder a) für beide Kontrahenten, oder b) blos für denjenigen, auf dessen Seite das Geschäft Handelsgeschäft ist, [14]) oder nur unter der Bedingung, dass ein Kaufmann das Geschäft vorgenommen hat, [15]) Anwendung leiden.

Da es die Vorschrift und die Beschränkung des Art. 277 nur mit den Bestimmungen des vierten Buches zu thun hat, ist nichts entschieden über die Anwendbarkeit anderer handelsrechtlicher Gesetze oder Gewohnheitsrechte auf einseitige Handelsgeschäfte. [16]) Wie es damit beschaffen, bleibt je nach dem Wesen des Gesetzes oder des Gewohnheitsrechts besonders zu untersuchen.

Art. 277 gilt ferner nur für die Beurtheilung von Handelsgeschäften. Nur auf Handelsgeschäfte bezieht sich auch die beigefügte Beschränkung, die also keineswegs auf die für Handelssachen im weiteren Sinn bestehenden Bestimmungen mitbezogen werden kann. [17])

Endlich muss hervorgehoben werden, dass Art. 277 lediglich von materiellrechtlicher Bedeutung ist. Die prozessualische Behandlung einseitiger Handelsgeschäfte oder Handelssachen erscheint als eine völlig getrennte Frage [18]) der Prozessgesetzgebung. Es fragt sich, ob handelsrechtliche Streitigkeiten auch dann der Handelsgerichtsbarkeit unterworfen sein sollen, wenn deren Gegenstand nur für die eine Partei Handelssache, oder wenn nur die eine Partei Kaufmann ist. Die

---

[10]) Ohne dass dadurch das einseitige Handelsgeschäft zum zweiseitigen gemacht würde. R.O.H.G. Bd. 13, S. 108.

[11]) Ueber die Gründe s. Goldschmidt a. a. O. S. 501.

[12]) Goldschmidt Not. 5 ff., Thöl Not. 5 ff.

[13]) So die Art. 289. 291. 309—312. 313—316; Thöl Not. 11. — Vgl. R.O.H.G. Bd. 2, S. 493; Bd. 11, S. 142; Bd. 12, S. 72.

[14]) So Art. 280. 281. 282. 288. 292. Abs. 2. — Vgl. R.O.H.G. Bd. 7, Nr. 57. Nr. 85; Bd. 11, S. 57. 242; Bd. 12, S. 90. Dass die Art. 274. 286. 317 nicht dazu gehören s. Goldschmidt Not. 8; noch weniger Art. 347; s. Arch. Bd. 34, S. 314.

[15]) Art. 290. 292. Abs. 2. Art. 297. 300. 301. 302. 306. 323. 378. 388. 420; vgl. auch Art. 272, Abs. 2.

[16]) Vgl. dazu Laband, Z. f. H.R. Bd. 17, S. 498.

[17]) Maassen, Arch. Bd. 2, S. 253; Goldschmidt Not. 9.

[18]) R.O.H.G. Bd. 13, S. 108; Bd. 15, S. 390.

Beantwortung der Frage lautet nach den seitherigen einheimischen und den fremden Rechten verschieden.[19]) Nach dem jetzt bestehenden deutschen Recht[20]) wird zur Begründung der Zuständigkeit der landgerichtlichen Handelssachenkammer vorausgesetzt, dass die Klage sich gegen einen Kaufmann richtet und aus einem Geschäfte entspringt, das für beide Kontrahenten Handelsgeschäft nach Maassgabe der Art. 271—276 des H.G.Buchs ist. Die materiellrechtliche und die prozessrechtliche Behandlung der einseitigen Handelsgeschäfte erweist sich daher keineswegs kongruent.[21]) Für die weiteren Rubriken des § 101 des G.V.Gesetzes kommt diese Voraussetzung nicht in Betracht.

2. Die Handelsgeschäfte.

§ 14.

a. Die absoluten Handelsgeschäfte.

Absolute Handelsgeschäfte sind diejenigen Geschäfte, welche unter allen Umständen, auch wenn sie nicht gewerbemässig, sondern nur vereinzelt, sei es von einem Kaufmann oder von einem Nichtkaufmann geübt werden, den Karakter von Handelsgeschäften haben. Dieselben werden in Art. 271 des H.G.Buchs vollständig aufgezählt. Eine Ausdehnung der Rubriken im Wege der Analogie erscheint unzulässig.[1])

Da von der Kaufmannseigenschaft dessen, der das Geschäft macht, nichts abhängt, behalten diese Geschäfte ihren Karakter auch dann, wenn sie von einem Händler geringen Gewerbebetriebs oder einem Handwerker vorgenommen werden. Die Beschränkungen, welche in dieser Hinsicht Art. 272, Nr. 1. 3. 5 und Art. 273 setzen, greifen bei den Geschäften des Art. 271 nicht Platz. Noch weniger hört das Geschäft darum auf Handelsgeschäft zu sein, weil es von einem Höker, Trödler, Wirth oder einem anderen der in Art. 10 bezeichneten Personen ausgeht. Denn Art. 10 enthält überhaupt keine Beschränkung, welche sich auf die Geschäfte der betreffenden Personenklassen bezieht.

Gewerbemässigkeit der Uebung ist keine nothwendige Voraussetzung. Allein die absoluten Handelsgeschäfte werden insofern zugleich kaufmännische Grundgeschäfte, als deren gewerbemässige Uebung nach Art. 4 jedenfalls die Kaufmannseigenschaft begründet.[2])

Als innerer Grund der Handelsgeschäftsnatur der in Art. 271 aufgezählten Geschäfte wird gern angeführt, dass denselben Spekulationsabsicht zu Grunde liegt. In der That lässt sich unterstellen, dass sie regelmässig der Absicht,

---

[19]) Goldschmidt Not. 10.

[20]) G.V.Ges. § 101, Nr. 1.

[21]) Endemann Civ.-Proz.-Recht, Bd. 1, S. 105. Not. 16.

[1]) Anders denkt ein Theil der französ. Schriftsteller über die Kompetenzrubriken (s. § 13, Not. 2.) des Code de comm. Goldschmidt § 42, Not. 26 a. E.

[2]) Anschütz-Völderndorff zu Art. 271, Not. 1.

Gewinn zu machen, ihre Entstehung verdanken. Allein Art. 271, macht nirgends unmittelbar die Gewinn- oder Spekulationsabsicht zur rechtlichen Voraussetzung. Die Voraussetzungen einer bestimmten Absicht in Nr. 1 und eines bestimmten thatsächlichen Umstandes in Nr. 2 ist keineswegs identisch mit dem Erforderniss der Spekulationsabsicht. Man kann daher wohl, um einen geeigneten Gesammtnamen aufzustellen, die Geschäfte des Art. 271 Spekulationsgeschäfte nennen, hat aber keinen Grund in deren Definition als nothwendiges Merkmal jene Absicht hineinzutragen. [3])

Alle die Geschäfte des Art. 271 sind ihrer Begriffsbestimmung nach Handelsgeschäfte des einen Kontrahenten, also einseitige Handelsgeschäfte. [4])

Nach Art. 271 gelten in diesem Sinne unter allen Umständen als Handelsgeschäfte:

I. **Der Kauf oder die anderweite Anschaffung** von Waaren, und anderen beweglichen Sachen, von Staatspapieren, Aktien oder anderen für den Handelsverkehr bestimmten Werthpapieren, um dieselben weiter zu veräussern; es macht keinen Unterschied, ob die Waaren oder anderen beweglichen Sachen in Natur oder nach einer Bearbeitung oder Verarbeitung weiter veräussert werden sollen.

In fremden Rechten wird häufig nur der Kauf erwähnt. [5]) Bei Berathung des H.G.Buchs [6]) hat man sich nach manchem Schwanken für eine weitere Fassung entschieden. [7])

A. **Die Bezeichnung „der Kauf oder die anderweite Anschaffung“** weist

1. darauf hin, dass begreiflich **ausgeschlossen ist der Erwerb, der überhaupt nicht durch Rechtsgeschäft erfolgt;** also der Erwerb durch Occupation, Finden oder Erbeutung, [8]) der Erwerb durch Erbschaft, ferner der Erwerb durch Spiel oder Wette, die keine rechtlich anerkannten Geschäfte sind [8a]), oder der Erwerb durch eine Handlung, die sich als Delikt des Erwerbers darstellt. [9]) Solcher Erwerb ist weder selber eine Anschaffung, die unter Art. 271, Nr. 1 fiele, noch auch kann er als Basis dienen, um nach Art. 271, No. 2 die Uebernahme einer Lieferung oder die gewerbliche Weiteräusserung der solchergestalt erworbenen Dinge auf Grund des Art. 273, Abs. 2 als Handelsgeschäft erscheinen zu lassen.

---

[3]) Vgl. Thöl § 23. — S. im Weiteren unten I C. u. § 16, II B.

[4]) S. daher oben § 13, Not. 7 ff.

[5]) So namentlich im Cod. de comm. Art. 632, dem, mit einzelnen Modifikationen, viele Gesetzbücher — s. Goldschmidt § 47, Not. 1 — nachfolgen.

[6]) Goldschmidt das. Not. 2 theilt die verschiedenen Fassungen der Entwürfe mit. Vgl. bes. Prot. S. 513 ff. 1285 ff.

[7]) Neuere Gesetze gehen noch weiter. Nach dem österreich. Gesetz vom 1. April 1875 sind allen an den Börsen in der Börsenzeit geschlossenen Geschäfte Handelsgeschäfte. Das ungar. H.Gesetz § 258, No. 3 sieht bei Ankauf oder Anschaffung von Staatspapieren, Aktien oder anderen für den Handel bestimmten Werthpapieren von der Absicht der Weiterveräusserung s. unten C. ab.

[8]) Anschütz-Völderndorff Not. 2; Goldschmidt S. 546.

[8a]) Goldschmidt Not. 5. 6; Anschütz-Völderndorff Not. 16.

[9]) Goldschmidt Not. 8b.

Dasselbe gilt von **jeder Art der Produktion,** mag sie sich im Gebiete der Landwirthschaft, Viehzucht, des Bergbaues, oder in irgend einem anderen Gebiete bewegen.[10] So gehört beispielsweise namentlich nicht hieher die Produktion der Kunst- und Handelsgärtnerei,[11] des Wein- und Obstbaues, eines Steinbruchs, Fabrikation von Ziegeln oder feuerfesten Steinen,[12] u. dergl. mehr. Bei Produktionen aus Immobilien spielt insbesondere noch mit die Rücksicht auf Art. 275. Indem Anschaffung durchaus in Gegensatz zu Selbstproduktion gestellt erscheint, ergibt sich die Folgerung, dass weder die Lieferungsübernahme des Art. 271, No. 2, noch auch irgend welche gewerbliche Veräusserung, die sonst nach Art. 273, Abs. 2 als Handelsgeschäft erscheinen möchte, Handelsgeschäft ist, sofern sie von dem Produzenten vorgenommen wird. So schwer die innere Nothwendigkeit einleuchtet,[13] die Veräusserung selbstproduzirter Sachen auszuschliessen, da bei der Produktion nicht minder Spekulationsabsicht obwalten kann als bei der Anschaffung, so muss doch eingeräumt werden, dass die Fassung namentlich der Nr. 1 des Art. 271 nicht gestattet,[14] die Selbsterzeugung als eine Erwerbsart anzuerkennen, welche geeignet wäre, dem Begriff des Handelsgeschäfts als Unterlage zu dienen.[15] Wohl zu bedenken ist übrigens, dass es in manchen Fällen einer sorgfältigen Prüfung bedürfen wird, ob eigentliche Produktion, oder aber Bearbeitung oder Verarbeitung angeschafften Materials vorliegt.[16]

Ausgeschlossen ist ferner der Erwerb **aus Akten der Liberalität.**[17]

Was der **Kauf** ist, ergibt sich nach dem bürgerlichen Recht.[18] Unter **Anschaffung,** dem weiteren Begriff, der auch den Kauf umfasst, sind alle diejenigen Geschäfte zu verstehen, die anderweit zu einem Erwerb in derselben Weise führen wie der Kauf.[19] Während originärer Erwerb jedenfalls nicht dahin gehört, muss der Erwerb aus Tausch, aus Trödelvertrag, aus Hingabe an

---

[10]) Anschütz-Völderndorff Bd. 3, S. 6; v. Hahn zu Art. 271, § 3; Goldschmidt S. 546.

[11]) Vgl. Busch's Arch. Bd. 1, S. 567.

[12]) Darüber sind manche Zweifel in der Praxis gewesen; s. Anschütz-Völderndorff Not. 7; aber jetzt R.O.H.G. Bd. 16, Nr. 95.

[13]) Daher denn öfter Versuche einer Gegendeduktion gemacht worden sind. S. Lesse, Centralorg. Bd. 2, S. 11.

[14]) Ueber die Zweifel bei Berathung des Art. 271 s. v. Hahn zu Art. 271, Not. 3. Aber es ist sicher, dass absichtlich die Ausschliessung der Geschäfte des Produzenten gewollt wurde. Prot. S. 413. 416; Anschütz-Völderndorff Not. 8. Goldschmidt Not. 32.

[15]) Dies kann jetzt nach zahlreichen Entscheidungen des R.O.H.G. für festgestellt gelten; s. R.O.H.G. Bd. 9, No. 56; Bd. 11, Nr. 87. 107. Bd. 13, Nr. 51. Ob.-Tribunal zu Berlin, s. Arch. Bd. 17, S. 166. 230, gegen seine frühere Ansicht. Abweichend der oberste Gerichtshof zu Wien. S. auch Z. f. H.R. Bd. 20, S. 570. 572. — Anschütz-Völderndorff zu Art. 272, II a. E. Goldschmidt Not. 33.

[16]) Vgl. auch unten II, B. u. § 16, II B.

[17]) Anschütz-Völderndorff Not. 16.

[18]) Windscheid, Lehrb. des Pandektenrechts § 385; Treitschke, Der Kaufkontrakt, 2. Aufl. 1866.

[19]) Vgl. v. Hahn zu § 271, § 3.

Zahlungsstatt, da sie sämmtlich entgeltliche Geschäfte sind, hieher bezogen werden.[20]) Aus der Zusammenstellung der Anschaffung mit dem Kauf[21]) erhellt, dass es ein Geschäft sein muss, dessen Erfüllung, wenn auch nicht nothwendig Eigenthum, doch wenigstens definitive und freie Disposition gestattende Innehabung überträgt.[22]) Erwerb zu vorübergehendem Gebrauch, Miethe oder Leihe, ist ebensowenig Anschaffung[23]) als die Ergreifung der Innehabung auf Grund eines Depositums, Pfand-, Fracht-, Kommissionsgeschäfts u. s. w. Doch können dergleichen Geschäfte als Anschaffung erscheinen, wenn sie als sog. irreguläre über Gattungssachen geschlossen werden, die nicht in Natur, sondern nur der Quantität nach oder in Geld[24]) zu restituiren oder dem Werthbetrage nach z. B. in laufender Rechnung, zu verrechnen sind. Bei solchen ist eben die Absicht definitiver Uebertragung zu unterstellen.[25]) Auch das Anfertigenlassen kann als Anschaffung gelten; wenn nemlich der Verfertiger im Wesentlichen den Stoff dazu hergibt. Dass der Besteller untergeordnete Zuthaten dabei liefert, wird den Begriff Anschaffung ebensowenig aufheben, als umgekehrt, wenn der Verfertiger nur untergeordnete Zuthaten zu dem vom Besteller gelieferten Hauptstoff hinzugibt, der Begriff für den Besteller begründet wird. Nur auf diese thatsächliche Frage ist die Entscheidung zu stellen.[26]) Indessen liegt auch bei Lieferung des Stoffs von Seiten des Bestellers Anschaffung vor, falls die Lieferung vertretbar gemeint ist, der Verfertiger also eine andere Quantität derselben Gattung zu seiner Leistung nehmen darf.[27])

Dass die Anschaffung von Rohmaterial, um die daraus gewonnenen Produkte zu veräussern unter Art. 271, No. 1 gehört, erscheint ausgemacht.[28])

B. Der Begriff des Kaufs oder der Anschaffung erfordert, um Handelsgeschäft zu sein, als **Gegenstand**:[29])

1) entweder **Waaren.** Das H.G.Buch definirt sie nicht näher. Gemeint sind übereinstimmend mit dem gewöhnlichen Sprachgebrauch solche Sachen, die gewöhnlich im Handel feilgeboten werden.[30])

---

[20]) Anschütz-Völderndorff zu Art. 271, III; Goldschmidt Not. 10. 11.

[21]) Bei dem es nur auf das habere licere ankommt; L. 30, § 1 de act. emt. vend. 19, 1. Windscheid § 389, Not. 6. 7.

[22]) Anschütz-Völderndorff Not. 15; Goldschmidt Not. 3a.

[23]) Anders nach mehreren fremden Rechten; Goldschmidt Not. 7. Die Bezeichnung des Geschäfts als Miethe allein entscheidet nicht. R.O.H.G. II, Nr. 95. Goldschmidt Not. 8 ff. Daran, dass Ueberlassung der auf einem Gut gewonnenen Milch gegen Einräumung einer Wohnung u. dgl. behufs Weiterveräusserung für den Erwerber Kauf oder Anschaffung ist, lässt sich nicht zweifeln. Arch. Bd. 35, S. 318.

[24]) Anschütz-Völderndorff Not. 11.

[25]) Anschütz-Völderndorff S. 10 a. E. Goldschmidt Not. 11a.

[26]) Vgl. Anschütz-Völderndorff Not. 13. Goldschmidt Not. 12. Der Begriff der Werkverdingung allein kann noch nicht entscheidend sein. Ueber das Allg. Preuss. L.R. s. R.O.H.G. Bd. 2, S. 290; Bd. 12, S. 209.

[27]) Wie Goldschmidt Not. 13 mit Recht ausführt.

[28]) Selbst bei Handwerkern; s. unten § 16, II A.

[29]) Ueber die Abweichungen fremder Rechte s. Goldschmidt Not. 14.

[30]) Prot. S. 1289. — v. Hahn § 5. S. weiter über den Begriff unten.

2) oder **bewegliche Sachen.** Unbewegliche sind nach Art. 275 ausgeschlossen.[31] Der Begriff umfasst zugleich die Waaren. Er bezieht sich nur auf körperliche Sachen,[32] mithin nicht auf Forderungen, sofern sie nicht in einer Urkunde verkörpert sind, die als Werthpapier erscheint; also auch nicht auf das Urheber-, Patent-, Firmenrecht u. dergl. Dabei muss vorausgesetzt, dass sie auch als bewegliche Sachen weiterveräussert werden sollen (s. unten Not. 55 ff.). Bewegliche körperliche Sache ist zweifellos auch das gemünzte oder Papiergeld.[33] Die Sachen können ebensogut individuell bestimmte, als Gattungssachen, unvertretbare oder vertretbare, sein.

3. oder **Werthpapiere.**[34] Der Begriff der Werthpapiere soll kein juristischer sein. Man hat darunter alle Schrifturkunden zu verstehen, die, vermöge des Kredits, als körperliche Werthgegenstände betrachtet werden.[35] Daher scheiden aus diejenigen Papiere, welche lediglich in accessorischer Bedeutung als Beweisurkunden einer Forderung oder als Legitimation zu deren Ausübung erscheinen.[36] Es ist klar, dass es hiernach Papiere genug gibt, bei denen es besonderer Prüfung bedarf, ob sie nur den letzteren Karakter haben, oder ob sie Werthpapiere sind.[37]

a. Unbedingt gehören hieher **Staatspapiere,** d. h. vom Staate emittirte Kreditpapiere; nicht etwa alle vom Fiskus ausgestellte Schuldurkunden, Wechsel u. dgl.[38] Eine Ausdehnung auf die Emissionen anderer öffentlicher Stellen ist nicht gestattet. Dasselbe gilt von den **Aktien,** auch Aktienantheilen, aller Aktien- oder Kommanditaktiengesellschaften, unangesehen, welchen Zweck dieselben verfolgen,[39] und gleichviel, ob die Papiere auf den Inhaber oder den Namen lauten.[40]

b. **Andere Werthpapiere** nur, wenn sie **für den Handelsverkehr bestimmt sind.**[41] Welche Papiere diese Eigenschaft besitzen, lässt sich nur nach der Ansicht und der thatsächlichen Uebung des Verkehrs bestimmen.[42] Schwierigkeit erregt dabei die Erfahrung, dass oft Werthpapiere, die von Haus aus nicht für den Handelsverkehr bestimmt sind, doch thatsächlich Gegenstand eines

---

[31]) Z. f. H.R. Bd. 20, S. 573.

[32]) Anschütz-Völderndorff Not. 23; Goldschmidt Not. 15. 19.

[33]) Goldschmidt Not. 21 a. 22.

[34]) Ueber die Entstehung dieses besonderen Zusatzes, der in fremden Rechten meist fehlt, s. Goldschmidt Not. 18. Man wollte den Zweifel abschneiden, als ob die Händler mit solchen nicht Kaufleute seien; Anschütz-Völderndorff Not. 24.

[35]) Vgl. dazu Thöl § 211.

[36]) v. Hahn § 7 a. E.

[37]) Ueber Coupons u. Dividendenscheine s. Keyssner H.G.B. zu Art. 271, No. 7 a. E.

[38]) v. Hahn § 8.

[39]) Vgl. Art. 174. 208.

[40]) v. Hahn § 9.

[41]) Für die unter a. bezeichneten Papiere ist unterstellt worden, dass sie stets dazu bestimmt sind. Vgl. Goldschmidt Not. 20. —

[42]) v. Hahn § 10. — Eine sehr ausführliche Darstellung der Handelspapiere (s. auch Art. 67) gibt Goldschmidt § 69 ff.

solchen werden.[43]) Nach dem Ausdruck des Gesetzes aber kann jedoch der letztere Umstand allein nicht masgebend sein.

C. Es muss bei der Anschaffung der **Zweck der Veräusserung** obwalten. Veräusserung ist dasjenige Geschäft, welches dem Erwerber das Eigenthum oder die definitive Innehabung zu eigenem Recht überträgt. Es kann in dieser Beziehung lediglich auf dasjenige verwiesen werden, was oben über den Begriff des Kaufs und der Anschaffung, namentlich im Gegensatz zu bloser Gebrauchsüberlassung oder Vermiethung, gesorgt wurde. Veräusserung ist auf der anderen Seite, was für den Erwerber Anschaffung[44]) ist. Wie bereits angedeutet,[45]) wird unterstellt, dass die Absicht der Weiterveräusserung auf der Absicht, Gewinn zu machen, also auf der Spekulationsabsicht beruht. Regelmässig ist das wirklich der Fall. Allein es ist zugleich auch schon darauf hingewiesen worden, dass nach dem einfachen Wortlaut des Gesetzes[46]) keineswegs die Erkennbarkeit der Gewinnabsicht zur nothwendigen Voraussetzung für die Anwendbarkeit dieser und der anderen Rubriken der Handelsgeschäfte gemacht werden kann. Die Nr. 1 des Art. 271 erheischt nichts Anderes als die Absicht der Weiterveräusserung. Man ist daher nicht berechtigt, diejenigen Käufe oder Anschaffungen auszuschliessen, bei welchen die Spekulationsabsicht nicht ersichtlich, oder sogar der Mangel derselben ersichtlich ist.

Nichtsdestoweniger wird bei der Erklärung des Art. 271 von den Meisten die Nothwendigkeit der Spekulationsabsicht betont. Indessen doch mit einigem Vorbehalt. Denn man räumt dabei doch ein, dass diese Absicht nicht bei jeder einzelnen Anschaffung speziell nachweisbar zu sein braucht. Es soll genügen, wenn sie bei derartigen Anschaffungen regelmässig obzuwalten pflegt.[47]) Man verlangt ferner nicht, dass die Gewinnabsicht Erfolg hat. Man begnügt sich mit der Möglichkeit. Alsdann sind höchstens die Fälle ausgeschlossen, in denen sich aus den Umständen klar ergibt, dass bei der Anschaffung eine Gewinnabsicht nicht vorhanden sein konnte.[48]) Umgekehrt kann die Thatsache, dass hintennach mit Gewinn veräussert wird, den Mangel der Gewinnabsicht bei

---

[43]) Wie Briefmarken, vgl. Arch. Bd. 25, S. 268; selbst Theaterbillets u. dgl.; dass die Anschaffung u. folglich auch nach Art. 273. 274 der Absatz von Lotterieloosen Seitens des Kollekteurs Handelsgeschäft sei, s. R.O.H.G. Bd. 23, S. 213.

[44]) Vgl. v. Hahn § 11 z. A. Goldschmidt Not. 23—27b. — S. oben Not. 18 ff.

[45]) S. oben bei Not. 3.

[46]) Dass bei der Berathung, s. Goldschmidt Not. 45, der Antrag, Gewinnabsicht für nothwendig zu erklären, verworfen wurde, weil man „dies für selbstverständlich" hielt, beweist nichts. Denn dies kann eben so gut heissen, dass man sich auf das natürliche und regelmässige Vorhandensein verliess. Dies Moment aber aus abstrakten allgemeinen Erwägungen in das Gesetz hineinzutragen, in dem absichtlich jeder darauf hinweisende Ausdruck vermieden wurde, erscheint unzulässig.

[47]) So nach der gründlichen Ausführung bei v. Hahn § 15. — S. das., ob auch der indirekte Gewinn zu berücksichtigen u. über Konkurrenz der Gewinnabsicht mit anderen Absichten, bes. der des Selbstgebrauchs, § 14.

[48]) Goldschmidt Not. 52; zu eng Thöl § 125.

der Anschaffung nicht decken.[49]) Die ganze Frage hat, wie die Erfahrung bestätigt, vorwiegend nur die Bedeutung theoretischer Rechtfertigung dessen, was das Gesetz verfügt, aus der Natur des Handels.

Mag man Gewinnabsicht als wesentlich betrachten, oder sich lediglich an die Wiederveräusserungsabsicht halten, so ist soviel ausgemacht, dass sich Art. 271, Nr. 1 nicht auf Wiederveräusserung durch Akte der Liberalität beziehen soll.

Geradezu ausgeschlossen durch das Erforderniss der auf Wiederveräusserung gerichteten Absicht ist jede **Anschaffung zum eigenen Gebrauch oder Verbrauch.** Dies gilt auch dann, wenn die angeschafften Dinge zu einer Produktion dienen, deren Produkte demnächst veräussert werden sollen. So ist beispielsweise[50]) kein Handelsgeschäft die Anschaffung von Schaafen zur Wollziehung, von Utensilien und Werkzeugen des Geschäfts oder Hauses,[51]) von Wein, Bier, Lebensmitteln für den Gebrauch des Hauses oder einer Gesellschaft;[52]) daher auch nicht die Anschaffungen von Konsumvereinen, die nur an ihre Mitglieder abgeben.[53]) Ebensowenig Anschaffung von Werthpapieren zur Kapitalanlage.[54]) Vollends kann nicht als Handelsgeschäft erscheinen die Anschaffung zum Zwecke der Verwendung in Immobilien. So die Anschaffung von Saatfrüchten oder Vorräthen oder Vieh[55]) für den Landwirthschaftsbetrieb.[56]) So aber auch beispielsweise die Anschaffung eines Unternehmers zur Verwendung in Immobiliarbauten, zur Herstellung einer Eisenbahn u. dgl.[57]) Es muss überhaupt die Absicht sein, die angeschafften beweglichen Sachen als bewegliche wieder zu veräussern.[58]) Dass bei der Wiederveräusserung der Erwerber etwa beabsichtigt, die veräusserten Gegenstände in Immobilien zu verwenden, steht dem Begriff des Handelsgeschäfts nicht entgegen, weil auf dessen Absicht überhaupt für die Anschaffung des Art. 271, Nr. 1 nichts ankommt. Aber auch der Umstand, dass der Anschaffende weiss und will, dass die von ihm angeschafften Gegenstände,

---

49) Manche fremde Gesetze fordern die Gewinnabsicht ausdrücklich. Goldschmidt Not. 45. — Welche mühseligen und innerlich unbefriedigenden Unterscheidungen nöthig werden, wenn man Gewinnabsicht erheischt s. das. Not. 45—48; v. Hahn in § 15; Anschütz-Völderndorff Not. 30 ff.

50) Vgl. v. Hahn Not. 7 ff.; Goldschmidt Not. 64 ff.

51) Anschaffungen eines Institutsvorstehers s. Z. f. H.R. Bd. 20, S. 560; eines Zahnarztes das. S. 561.

52) Arch. Bd. 11, S. 386; Bd. 24, S. 51.

53) Sofern sie nicht als eingetragene Genossenschaften Kaufleute sind, wo dann Art. 273 einschlägt. — Goldschmidt Not. 52 und die dort angeführten Autoren.

54) Anschütz-Völderndorff Not. 28; über die Bedenken dieser Konsequenz s. Goldschmidt Not. 31.

55) Anders Anschaffung von Vieh, um es gemästet wieder zu verkaufen, die recht wohl unter Nr. 1 des Art. 271 fallen kann. Die Mästung ist Bearbeitung. R.O.H.G. Bd. 14, S. 265.

56) Goldschmidt Not. 64 ff.

57) Z. f. H.R. Bd. 20, S. 573; s. auch S. 567, 569; R.O.H.G. Bd. 10, S. 243; Keyssner zu Art. 271, Nr. 6.

58) Arch. Bd. 39, S. 113.

wenn er sie wieder veräussert, in Immobilien verwendet werden, steht nicht entgegen, falls nur er sie als bewegliche wieder veräussert. Der Ankauf von Holz von Seiten eines Zimmermeisters, der dasselbe anschafft, um es zu Bauten, die er selbst oder ein Anderer ausführt, zu veräussern, ist Handelsgeschäft.[59]) Anders, wenn die Absicht der Anschaffung auf Verwendung in eine Immobilie und deren Veräusserung, also nicht auf Wiederveräusserung des Angeschafften in Gestalt beweglicher Sachen gerichtet ist.[60])

Eine der Definition der Nr. 1 entsprechende Absicht der Weiterveräusserung und nicht Absicht des eigenen Verbrauchs liegt auch dann vor, wenn beabsichtigt wird, das Angeschaffte **bearbeitet oder verarbeitet** in veränderter Gestalt zu veräussern.[61]) Vorausgesetzt, dass die Identität erhalten bleibt. Man stösst also hier auf die, in gar manchen Fällen schwierige, Entscheidung, ob der Rohstoff oder das Halbfabrikat bei der Bearbeitung ganz verbraucht und ein neues Produkt erzielt, oder ob nur eine Veränderung durch die Bearbeitung oder Verarbeitung bewirkt werden soll. Darauf kommt es an. Denn dass die Absicht der Weiterveräusserung seiner Produkte nicht ohne Weiteres alle zu diesem Behufe gemachten Anschaffungen des Produzenten zu Handelsgeschäften macht, selbst nicht bei gewerbemässiger Veräusserung, ergibt sich daraus, dass überhaupt die Anschaffungen und Veräusserungen des Produzenten ausgeschieden werden.[62]) Ob die Bearbeitung oder Verarbeitung, nach welcher weiter zu veräussern die Absicht ist, über den Betrieb des Handwerks hinausgeht, erscheint gleichgültig. Darauf kommt überhaupt nach richtiger Ansicht bei der Nr. 1 des Art. 271 nichts an.[63])

Nach dem oben bemerkten Gesichtspunkt ergibt sich ferner eine Unterscheidung zwischen Anschaffung von Rohstoff oder Halbfabrikat und Anschaffung von blosen Zuthaten oder Arbeitsmitteln. Die erstere ist unter den angegebenen Voraussetzungen Handelsgeschäft, die letztere nicht, da die Zuthaten und Arbeitsmittel nicht, sei es auch in veränderter Gestalt, weiter veräussert, sondern zur Herstellung der zu veräussernden Dinge verbraucht oder gebraucht werden.[64]) Solche Anschaffungen können nur unter dem Titel des Art. 273, Abs. 2 zu Handelsgeschäften werden. Dies Alles gilt dann auch insbesondere für Rohstoffvereine und Produktivgenossenschaften.[65])

---

[59]) Arch. Bd. 21, S. 356; Bd. 26, S. 198. Aehnlich Ankauf von Kupfer bei einem Kupferschmied, Bd. 21, S. 364.

[60]) Arch. Bd. 13, S. 343; Bd. 21, S. 86.

[61]) v. Hahn § 16; Anschütz-Völderndorff zu Art. 271, VI; Goldschmidt Not. 59 ff. — Ueber allerlei Präjudizien s. Keyssner zu Art. 271, Nr. 11; Z. f. H.R. Bd. 20, S. 566, 568.

[62]) S. oben Not. 10 ff. Zahlreiche, zum Theil freilich widersprechende Entscheidungen führt Goldschmidt Not. 31 a. E. an.

[63]) Z. f. H.R. Bd. 20, S. 564. 565.

[64]) Goldschmidt Not. 66 und die dortigen Nachweise. S. auch Arch. Bd. 30. S. 112; Z. f. H.R. Bd. 20, S. 566.

[65]) S. darüber ausführlich Goldschmidt Not. 52.

In welcher Weise die beabsichtigte Veräusserung auszuführen ist, braucht nicht gefragt zu werden. Wo Versteigerung beliebt wird, bedarf es ganz derselben Untersuchung wie bei einer anderen Form des Verkaufs. Keineswegs gilt jede Versteigerung als Handelsgeschäft oder überhebt der Prüfung, ob nach Masgabe der hier dargestellten Momente der Begriff einer dem Art. 271, Nr. 1 entsprechenden Weiterveräusserung erfüllt erscheint.[66])

Die Absicht der Weiterveräusserung muss **bei der Anschaffung** vorhanden sein.[67]) Entsteht sie erst später, so ist die Anschaffung nicht Handelsgeschäft gewesen.[68]) Umgekehrt wird dieser der Karakter des Handelsgeschäfts nicht entzogen, wenn später die Absicht aufgegeben oder deren Ausführung unmöglich wird.[69]) Die Absicht muss als ernstliche erkennbar sein und nöthigenfalls ihre erkennbare Existenz nachgewiesen werden.[70]) Auf Wissen desjenigen, von dem angeschafft wird, kommt nichts an, sondern nur auf Erkennbarkeit für den Veräusserer. Es bedarf aber nicht nothwendig ausdrücklicher Erklärung der Absicht; vielmehr genügt es, wenn sie aus den konkreten Umständen, der Person, der Menge oder Beschaffenheit der angeschafften Gegenstände, wie z. B. bei Anschaffung einer grösseren Quantität von Spekulationspapieren, hervorgeht.[71]) Eine Rechtspräsumtion existirt nicht.

Streitig ist die Frage, ob die Absicht der Weiterveräusserung sich auf ein erst zukünftig abzuschliessendes Veräusserungsgeschäft beziehen muss, mag dies nun schon in bestimmter Aussicht stehen, oder noch ganz unbestimmt sein, oder ob auch diejenige Anschaffung hieher gehört, welche behufs der Realisirung eines bereits abgeschlossenen Verkaufs- oder Lieferungsgeschäftes gemacht wird.[72]) Dafür, dass in Art. 271, Nr. 1 nur der Spekulationsankauf, nicht der behufs der Realisation bewirkte, hat getroffen werden sollen, lässt sich die Kongruenz mit Art. 271, Nr. 2 anführen. Indessen, da es überall nur auf die Absicht der Wiederveräusserung ankommt, der man von Haus aus nicht ansehen kann, ob sie auf Realisation oder Spekulation gerichtet ist, hat diese Entscheidung selbst dann wenig praktische Bedeutung, wenn man prinzipiell Spekulationsabsicht der Anschaffung verlangt. Begnügt man sich mit der Absicht der Weiterveräusserung,[73]) so ist kein Grund, den ohnehin schon hin-

---

[66]) Koch, Arch. Bd. 4, S. 265.

[67]) Anschütz-Völderndorff Not. 35; Goldschmidt Not. 35 ff.; v. Hahn § 11; sämmtlich unter Berufung auf die Mot. des Preuss. Entw.

[68]) Dasselbe gilt, wenn man Gewinnabsicht verlangt, s. oben nach Not. 2, auch von dieser.

[69]) v. Hahn § 12.

[70]) S. gegen Thöl § 33, Not. 4, der solches verlangt, Goldschmidt Not. 44.

[71]) v. Hahn Not. 81 ff. R.O.H.G. Bd. 8, Nr. 11; Arch. Bd. 13, S. 102; Bd. 15, S. 131; Bd. 34, S. 333, 334. Z. f. H.R. Bd. 13, S. 624. 625.

[72]) Für die Bejahung Goldschmidt Z. f. H.R. Bd. 10, S. 56 u. Hdb. § 48, Not. 12; Puchelt S. 494; dagegen v. Hahn § 11. Anschütz-Völderndorff zu Art. 271, VIII. Thöl § 33, Not. 11.

[73]) Wie oben Not. 3 bemerkt wurde.

länglich verwickelten und verzwickten Unterscheidungen auch noch diese hinzuzufügen.

II. **Uebernahme einer Lieferung von Gegenständen** der oben bezeichneten Art,[74]) welche der Unternehmer zu diesem Zwecke anschafft. Im Gegensatz zu der Anschaffung auf Spekulation, welche Realisation durch Weiterveräusserung bezweckt, figurirt hier die Veräusserung auf Spekulation, zu deren Realisation angeschafft wird.[75])

A. Als **Uebernahme einer Lieferung** haben dieselben Veräusserungsgeschäfte zu gelten, welche auf der anderen Seite als Anschaffung in dem oben[76]) berührten Sinne erscheinen; aber auch nur diese, also nicht unentgeltliche Lieferung, Lieferung blos zur Gebrauchsüberlassung oder vorübergehendem Zweck, wenn auch vielleicht in noch so grossem Umfang.[77]) Zu welchem Zweck die definitive Veräusserung bei dem Erwerber bestimmt ist, bleibt gleichgültig. Die Lieferungsübernahme verliert namentlich den Karakter des Handelsgeschäfts auch dadurch nicht, dass die gelieferten Gegenstände bei dem Erwerber zur Verwendung in Immobilien bestimmt sind.[78]) Ob die **Bestellung der Lieferung** Handelsgeschäft ist, bestimmt sich darnach, ob die Voraussetzungen eines absoluten nach Art. 271, Nr. 1 oder eines relativen Handelsgeschäfts nach Art. 273 auf Seiten des Erwerbers vorhanden sind.[79]) Dass die Anschaffung des Uebernehmers zu Wiederveräusserung bestimmt sein müsse,[80]) ist keineswegs erforderlich. Auch die Lieferung zum Zweck des Verbrauchs des Empfängers ist Handelsgeschäft.

B. Es wird verlangt, dass der Uebernehmer der Lieferung deren Gegenstand **zum Zwecke der Ausführung derselben anschafft.** Was Anschaffen ist, ergibt sich aus dem unter I über diesen Begriff Bemerkten. Lieferung eigener Produkte gehört mithin nicht hieher.[81]) Andererseits wird aber der Karakter der Anschaffung und mithin die Handelsgeschäftsnatur der Lieferung dadurch nicht alterirt, dass an den behufs der Lieferung angeschafften Dingen vor der Erfüllung der letzteren eine Bearbeitung oder Verarbeitung vorgenommen wird; vorausgesetzt dass diese nicht die Produktion eines ganz neuen Gegenstandes darstellt.

Ferner wird verlangt, dass die Anschaffung der Lieferung nachfolgt.[82]) Aber

---

[74]) S. daher oben I. B. Auch die Lieferungsübernahme kann sich auf individuell bestimmte Sachen ebensogut beziehen, wie auf Gattungssachen. R.O.H.G. Bd. 6, Nr. 9.

[75]) S. über die fremden Rechte und die Entstehung dieser Rubrik Goldschmidt § 48, Not. 1.

[76]) S. oben I A. 1.

[77]) Anschütz-Völderndorff zu Art. 271, Not. 39; Goldschmidt a. a. O. I.

[78]) Vgl. oben Not. 57.

[79]) Anschütz-Völderndorff zu Art. 271, VIII. Goldschmidt a. a. O. IV.

[80]) Wie eine Entscheidung des österreichischen obersten Gerichtshofs will; s. Arch. Bd. 24, S. 48.

[81]) Goldschmidt Not. 8. Eine zweifelhafte Entscheidung über Kieslieferung s. Arch. Bd. 20, S. 357; Z. f. H.R. Bd. 20, S. 576.

[82]) Anschütz-Völderndorff S. 19; Goldschmidt Not. 4, 9; v. Hahn § 18. R.O.H.G. Bd. 3, S. 44. Z. f. H.R. Bd. 12, S. 245; Bd. 20, S. 568. — Ueber abweichende Meinungen s. Goldschmidt Not. 9.

entsprechend dem oben Ausgeführten[83]) ist erforderlich, dass bei der Uebernahme die Absicht der Anschaffung besteht[84]); was aber bei jeder Lieferungsübernahme, die ernstlich gemeint ist und sich auf Gegenstände bezieht, die der Lieferant noch nicht hat, selbstverständlich erscheint. Daraus ergibt sich ein Unterschied der Lieferungsübernahme des Art. 271 gegen das Lieferungsgeschäft des Art. 338, das sich auch auf das vor der Lieferung Angeschaffte bezieht.

Die Anschaffung für sich ist nicht absolutes Handelsgeschäft, wenn der Begriff der Anschaffung in Nr. 1 nur da zutrifft, wo die Anschaffung in der Absicht einer erst nachfolgenden Weiterveräusserung geschieht, und nicht da, wo die der Veräusserung nachfolgt.[85])

In Bezug auf die Gewinnabsicht gilt ganz dasselbe, wie oben zu I, C.[85a])

III. **Die Uebernahme einer Versicherung gegen Prämie.**[86]) Was Versicherung ist, ergibt sich für den Umfang der Seeversicherung aus dem H.G.Buch. Für andere Versicherung enthält dasselbe keine Regeln.[87]) Mangels irgend einer Beschränkung muss jede der heute in Uebung befindlichen Versicherungen hieher bezogen werden; also nicht blos die Versicherung gegen Feuer, Hagelschlag, Viehseuche, Lebens-, Invaliditäts- und Unfallsversicherung, sondern auch Kredit- und Hypothekenversicherung;[88]) ebenso die Rückversicherung. Freilich muss man sich dabei vergegenwärtigen, dass der Begriff der Versicherung keineswegs überall fest abgeschlossen ist. So wird die Grenze der Lebens- oder Invaliditätsversicherung gegen die Geschäfte der Sterbe-, Begräbniss-, Pensions-, Altersversorgungskassen und Rentenanstalten, die der Kreditversicherung gegen Verbürgung leicht unsicher.[89])

A. Objektives Handelsgeschäft ist nur **die Uebernahme** der Versicherung. Das Nehmen der Versicherung wird nur unter der Voraussetzung des Art. 273, d. h. wenn sie im Betriebe des Handelsgewerbes genommen ist, Handelsgeschäft.[90]) Wer die Versicherung gibt, ob eine Einzelperson, eine Gesellschaft, eine Gemeinde, der Staat u. s. w., erscheint gleichgültig.

B. Wesentlich ist, dass die Versicherung **gegen Prämie,** d. h. gegen Leistung

[83]) S. oben I, C g. E.

[84]) Goldschmidt Not. 10.

[85]) S. oben Not. 70. Anschütz-Völderndorff S. 21 a. E. gegen Goldschmidt § 48, III, der auch die Realisationsanschaffung für ein absolutes Handelsgeschäft erklärt.

[85a]) S. oben Not. 45 ff. Wie bei dem engen Zusammenhang mit Nr. 1 des Art. 271 eigentlich Nr. 2 lauten sollte, führt v. Hahn § 18 a. E. an.

[86]) Ueber die Behandlung dieser Rubrik in den fremden Rechten und deren Aufnahme in das H.G.Buch s. Goldschmidt Not. 1—3.

[87]) Die rechtliche Natur der Versicherung ist hier nicht zu behandeln. S. darüber unten.

[88]) R.O.H.G. Bd. 5, S. 163, 332, 356; Bd. 12, S. 67, 154.

[89]) Goldschmidt § 49, I.

[90]) R.O.H.G. Bd. 5, S. 18. Davon, dass sogar das Nehmen einer Versicherung auf Gegenseitigkeit unter dieser Voraussetzung Handelsgeschäft werden könne, s. Anschütz-Völderndorff S. 26, ist nicht zu reden. Bei Gegenseitigkeit gibt es keinen Geber und Nehmer, sondern nur Beitritt oder Aufnahme zum Verein. S. unten Not. 92.

von bestimmten Ratenzahlungen oder eines einmaligen Aequivalents [91]) geschieht. Dadurch wird erst die Versicherung zum Spekulationsgeschäft und zum Gegenstand selbständiger Unternehmungen. Hieraus folgt, dass die Versicherung auf Gegenseitigkeit kein absolutes Handelsgeschäft bildet, [92]) sondern nur unter der Voraussetzung des Art. 273 zum Handelsgeschäft werden kann; ob wirklich eine Gegenseitigkeitsversicherung vorliegt und nur eine solche, bedarf häufig besonderer Prüfung, [93]) zumal es vorkommt, dass Prämienzahlung und Gegenseitigkeit kombinirt werden. [94]) Dadurch, dass in einem Gegenseitigkeitsunternehmen nach einem bestimmten Betrag Prämien erhoben werden mit dem Vorbehalt entsprechender Rückzahlung, wenn der ganze Betrag nicht gebraucht wird, [95]) hört der Karakter des Gegenseitigkeitsgeschäftes noch nicht auf. [96]) Umgekehrt kann der Karakter der Versicherung auf Prämie erhalten bleiben, trotzdem dass der Versicherungsnehmer an der Gewinndividende theilnimmt. [97])

Insofern die Versicherung auf Gegenseitigkeit kein Handelsgeschäft ist, kann auch die Vereinigung zu derselben keine Handelsgesellschaft sein. [98]) Konstituirt sie sich als eingetragene Genossenschaft, so ist sie Kaufmann [99]) und ihre Versicherungen sind dann aus diesem Grunde Handelsgeschäfte. [100]) Bei gleichzeitigem Betrieb von Prämien- und Gegenseitigkeitsversicherungen [101]) sind die ersteren absolute Handelsgeschäfte; aber auch die letzteren, indem sie von einem Versicherer gemacht werden, der, weil er Versicherung auf Prämie gewerbemässig treibt, Kaufmann ist. [102]) Der Beitritt, wie die Aufnahme des Einzelnen in den Gegenseitigkeitsverband, [103]) und der Vertrag über die Gegenseitigkeitsversicherung ist dann Handelsgeschäft, wenn er unter der Voraussetzung des Art. 273 geschlossen wird. Dass, wenn eine Gegenseitigkeitsgesellschaft eine Versicherung auf Prämie übernimmt, diese Handelsgeschäft nach Art. 271 Nr. 3 ist, versteht sich von selbst. [104])

IV. Von den Geschäften des Seeverkehrs werden ausdrücklich in Art. 271,

---

[91]) Endemann H.R. § 174, VI. B. 2; Anschütz-Völderndorff S. 23.

[92]) Allgemein anerkannt, s. Anschütz-Völderndorff S. 23; v. Hahn zu Art. 271, § 19; Goldschmidt § 49, Not. 11; und durch Entscheidung des R.O.H.G. Bd. 4, S. 200; Bd. 5, S. 16; Bd. 6, S. 21; Bd. 8, S. 181; Bd. 9, S. 130 vielfach bestätigt Zur Kritik dieser Scheidung s. Goldschmidt Not. 14.

[93]) Namentlich nach den Statuten; v. Hahn § 19 a. E. macht mit Recht darauf aufmerksam.

[94]) S. z. B. R.O.H.G. Bd. 8, S. 182.

[95]) Endemann § 174, Not. 43.

[96]) R.O.H.G. Bd. 4, S. 199; Bd. 6, S. 95. Goldschmidt Not. 13; Anschütz-Völderndorff S. 28; Z. f. H.R. Bd. 20, S. 578.

[97]) Goldschmidt Not. 13.

[98]) So Lebensversicherungsbank auf Gegenseitigkeit; Z. f. H.R. Bd. 20, S. 577.

[99]) Genoss.-Ges. vom 4. Juli 1868 § 11.

[100]) Anschütz-Völderndorff Not. 59—61.

[101]) Vgl. Arch. Bd. 17, S. 68.

[102]) Anders Goldschmidt Not. 20.

[103]) Vgl. oben Not. 90.

[104]) Arch. Bd. 34, S. 335.

Nr. 4 1) **die Uebernahme der Beförderung von Gütern oder Reisenden**, wovon die Art. 557 bis 679, und 2) **das Darleihen gegen Verbodmung**, wovon die Art. 680—700 handeln, für Handelsgeschäfte erklärt. Für denjenigen, der die Beförderung oder das Bodmereidarlehn nimmt, ist das Geschäft nur nach Maassgabe des Art. 273 Handelsgeschäft.[105]) Auch hier sind beiderlei Geschäfte nur als entgeltliche gemeint.

Die sonstigen Geschäfte, zu denen der Seeverkehr Anlass gibt, werden in Art. 271 Nr. 4 nicht besonders erwähnt.[106]) Sie sind nur dann Handelsgeschäfte, wenn sie unter eine der andern Rubriken absoluter oder relativer Handelsgeschäfte fallen.

b. Die relativen Handelsgeschäfte.

§ 15.

aa. Handelsgeschäfte unter der Voraussetzung gewerbemässigen Betriebs.

Gewisse Geschäfte sind nach Art. 272 Nr. 1—6 dann Handelsgeschäfte, wenn sie gewerbemässig, mithin, wie Art. 4 ergibt, von einem Kaufmann geschlossen werden.[1]) Manche der hieher gehörigen Geschäfte können jedoch auch schon nach einer der sonstigen Rubriken absolute Handelsgeschäfte sein. Die Voraussetzung der Gewerbemässigkeit ist nicht etwa schon mit der Thatsache häufigeren Abschlusses von Geschäften dieser oder jener Art erfüllt.[2]) Um gewerbemässiger Geschäftsmann zu sein, muss derjenige, welcher dergleichen Geschäfte übt, von vornherein die Absicht haben, nicht blos einzelne bestimmte Geschäfte, sondern eine ganze Reihe oder Menge derselben zu schliessen; wie namentlich aus der zu diesem Behufe getroffenen Einrichtung einer Betriebsanstalt, eines für den Betrieb organisirten Geschäfts erhellt.[3]) Mit der gewerbemässigen Ausübung ist von selbst die Absicht, daraus Gewinn zu ziehen oder eine Einkommensquelle zu machen, verbunden.[4]) Art. 272, der eine analoge Ausdehnung so wenig duldet, als Art. 271, führt auf:[5])

I. **Die Uebernahme der Bearbeitung oder Verarbeitung** beweglicher Sachen für Andere, wenn der Gewerbebetrieb des Uebernehmers über den Umfang des Handwerks hinausgeht. Gemeint ist nur die mechanische, nicht die künstlerische

---

[105]) Goldschmidt § 50; Anschütz-Völderndorff S. 228, XII; v. Hahn S. 28.

[106]) Anders nach dem Vorgang des Cod. de comm. Art. 633 viele fremden Rechte; Goldschmidt Not. 4. S. das. auch die Verhandlungen und Vorarbeiten zu Art. 271, Nr. 4.

[1]) Goldschmidt § 51; Anschütz-Völderndorff zu Art. 272, I; v. Hahn zu Art. 272, § 1, 2.

[2]) Vgl. Z. f. H.R. Bd. 20, S. 581.

[3]) S. darüber v. Hahn zu Art. 4, § 8, dessen Definition zu billigen ist; vgl. auch Goldschmidt § 43, Nr. 3, R.O.H.G. Bd. 3, Nr. 84.

[4]) Anschütz-Völderndorff zu Art. 4, Nr. 4b. Thöl § 30, I. Nicht ganz übereinstimmend R.O.H.G. Bd. 9, Nr. 117 und Bd. 14, Nr. 41. — Vgl. oben § 2, Nr. 7. S. weiter über Uebung, Kennzeichen unten Buch 1, Abschn. 1.

[5]) Anwenduug des Art. 277 s. Goldschmidt § 51, Not. 6.

Arbeit, und ebensowenig diejenige, welche sonst wesentlich geistige Arbeit ist oder den geistigen Inhalt einer Sache, wie z. B. die Korrektur, betrifft. Dass freilich mitunter die Grenze nicht leicht zu finden sein wird, lässt sich nicht leugnen.[6])

A. Also nur **die Uebernahme**, die Bestellung ist, wie zu Art. 271 Nr. 2—4, nur dann Handelsgeschäft, wenn Art. 273 zutrifft.[7])

B. **Bearbeitung oder Verarbeitung** liegt nur dann vor, wenn der Besteller den Rohstoff liefert,[8]) gleichviel, ob er diesen anschafft oder produzirt. Indessen kann auch unbeschadet des Begriffs dem Uebernehmer die Anschaffung des Rohstoffs auf Rechnung des Bestellers überlassen werden.[9]) Allein es handelt sich nicht mehr um Bearbeitung oder Verarbeitung, sondern um zwei zu trennende Geschäfte, wenn der Besteller den Rohstoff von dem Uebernehmer kauft und zugleich diesem die Be- oder Verarbeitung begibt; und es handelt sich, wenn der Besteller den Rohstoff so übergibt, dass der Uebernehmer anderen substituiren darf, um Verkauf des Rohstoffs und Einkauf der fertigen Produkte von Seiten des Bestellers, die nach den sonstigen Rubriken zu beurtheilen sind. Dass die Hinzufügung von untergeordneten Zuthaten, welche der Uebernehmer bewirkt, dem Begriffe der Be- oder Verarbeitung nicht widerspricht, erhellt schon aus dem, was zu Art. 271 Nr. 1 bemerkt werden musste.[10]) Liefert der Uebernehmer aus Anschaffung oder Selbstproduktion den Rohstoff ganz und gar oder der Hauptsache nach selber, so liegt nicht mehr eine Be- oder Verarbeitung vor.

Wenn unter Verarbeitung eine Arbeitsleistung verstanden wird, die dem verarbeiteten Stoff eine ganz andere Gestalt verleiht, unter Bearbeitung dagegen eine solche, welche die seitherige Gestalt völlig oder im Wesentlichen unverändert lässt, so ergibt sich, dass unter der letzteren auch blosse Reparatur, das Aufziehen, Dressiren oder Mästen von Vieh u. s. w. mitzuverstehen ist.[11]) Zu welchem Zweck die Produkte der Be- oder Verarbeitung von dem Besteller benutzt werden sollen, kommt nicht in Betracht. Daher leidet es keinen Zweifel, dass auch die Be- oder Verarbeitung von Materialien, die zur Verwendung in Bauten oder sonst für Immobilien bestimmt sind,[12]) Handelsgeschäft nach Art. 272 Nr. 1 sein kann,[13]) dass aber die Bestellung für immobiliare Zwecke so wenig an sich Handelsgeschäft ist wie die Anschaffung.[14])

C. Es handelt sich nur um die Bearbeitung oder Verarbeitung **beweglicher Sachen.**[15]) Die Uebernahme der Bearbeitung von Immobilien ist selbstredend nach Art. 275 kein Handelsgeschäft.

---

[6]) z. B. zwischen Kunstarbeit und Kunstfabrikarbeit.

[7]) Goldschmidt § 52, IV; Anschütz-Völderndorff zu Art. 272, III; v. Hahn § 3 a. E.

[8]) Arch. Bd. 39, S. 114.

[9]) Goldschmidt Not. 7—9; Anschütz-Völderndorff S. 31 z. A.

[10]) S. oben § 14, Not. 26. Vgl. über diese Punkte v. Hahn § 3.

[11]) Keyssner zu Art. 272, Nr. 2. S. weitere Beispiele Z. f. H.R. Bd. 11, S. 106; Bd. 13, S. 629; Arch. Bd. 12, S. 151; Bd. 15, S. 157; Bd. 18, S. 442.

[12]) z. B. Thüren und Fenster, zu denen der Bauherr das Holz liefert.

[13]) Anders Goldschmidt Not. 6; doch ohne Grund; vgl. seine Not. 4.

[14]) Vgl. § 14, Not. 55 ff.

[15]) Vgl. daher § 14, Not. 31 ff.

D. Die Bearbeitung oder Verarbeitung muss **auf Bestellung für Andere,** auf deren Rechnung **gegen Entgelt** geschehen. Aus der Uebernahme will der Uebernehmer, zumal er sie gewerbemässig treibt, Gewinn durch seine Arbeit, sowie allenfalls durch Hinzufügung der Zuthaten machen. Wo Entgelt fehlt, ist auch hier kein Handelsgeschäft.

E. Eine wichtige Beschränkung enthält der Nachsatz der Nr. 1: **Wenn der Gewerbebetrieb des Unternehmers über den Umfang des Handwerks hinausgeht,** also den Begriff der Fabrik, Manufaktur, mit einem Wort des Grossbetriebs erreicht.[16]) Dieselbe Abgrenzung liegt dem Art. 273 Abs. 3 zu Grunde.[17]) Die Schwierigkeiten der Unterscheidung zwischen Gross- und Kleinbetrieb sind an anderer Stelle zu erörtern.[18]) Ob die eine oder die andere Art des Betriebs vorliegt, ist Thatsachenfrage. Eine Vermuthung, z. B. aus der Buchführung, gibt es nicht.[19]) Ueberhaupt ist der Begriff von Gross- und Kleinbetrieb nicht ein einheitlicher gleichmässiger. Vielmehr kann er sehr wohl nach örtlichen Verhältnissen sich verschieden herausstellen.[20]) Auf den Namen Fabrikant oder Handwerksmeister kann sicher kein entscheidendes Gewicht gelegt werden. Es kommt darauf an, dass wirklich der Betrieb einer Fabrik zu erkennen ist.[21])

II. Die **Bankier- und Geldwechslergeschäfte.**[22]) Was dazu gehört, lässt sich schwer erschöpfend aufzählen. Das Nähere über die hauptsächlichsten Geschäfte[23]) ergibt sich unten im dritten Buch. Im Ganzen kann als Aufgabe des Bankiers bezeichnet werden die **Vermittlung des Geldumlaufs und des Kredits.**[24]) Der Geldwechsler findet daneben besondere Erwähnung, weil, wenn auch heute nicht häufig, doch möglicherweise sich ein Geschäftsbetrieb auf den Umtausch verschiedener Geldsorten beschränkt, oder diesen wenigstens als Hauptaufgabe betrachtet.[25]) Meist ist sonst das Geldwechseln Bestandtheil des Bankiergeschäfts.[26])

Als die hauptsächlichsten Arten der Geschäfte, welche die Bankiers treiben, sind anzuführen der Handel mit Gold und Silber, der als Anschaffungs- oder

---

[16]) Beispiele s. v. Hahn zu Art. 272 § 5.

[17]) Ueber die legislativen Erwägungen s. Goldschmidt Not. 2.

[18]) Dazu gibt Art. 10 Anlass. v. Hahn zu Art. 10, § 12. Daraus erhellt, dass der Geschäftsmann von blos handwerksmässigem Betrieb nichts desto weniger Kaufmann sein kann. R.O.H.G. Bd. 11, S. 242.

[19]) Keyssner Nr. 4.

[20]) Daher lässt sich auch nicht mit Goldschmidt Not. 10 behaupten, dass der Lohnmüller stets nur als Handwerker gelten könne.

[21]) R.O.H.G. Bd. 14, S. 117. Wann eine Färberei Grossbetrieb hat, s. Arch. Bd. 36, S. 284.

[22]) S. über die fremden Rechte und die Berathung dieser Rubrik des Art. 272. Goldschmidt § 53, Not. 1, 2.

[23]) Hübner, die Banken, 1854, § 3.

[24]) Anschütz-Völderndorff S. 33, V.

[25]) Für die campsores des Mittelalters, aus denen sich die bancherii entwickelten, war das ursprünglich die Hauptsache; s. Endemann, Studien Bd. 1, S. 98 ff.

[26]) Goldschmidt § 53, II.

Lieferungsgeschäft auch schon unter Art. 271 Nr. 1 2 fällt. Sodann das freilich längst nicht mehr [27]) ausschliesslich oder auch nur vorwiegend der Bankiergewerbe allein zugehörige **Wechselgeschäft.** [28]) Die Ausstellung eines Wechsels, oder auch mehrerer oder selbst einer grösseren Menge kann nicht unter Art. 271 Nr. 2 gebracht werden. Sie erscheint aber ebenso wie die Ertheilung eines Indossaments, Accepts oder Avals, abgesehen von Art. 272 Nr. 2 und Abs. 2 auch unter Art. 273, 274, Abs. 2, wenn von einem Kaufmann geübt, als Handelsgeschäft. [29]) Das Nehmen des Wechsels, Giros, Accepts oder Avals ist relatives Handelsgeschäft nicht blos, wenn es von einem Bankier, sondern auch nach Art. 272 Abs. 2 oder Art. 273 Abs. 2, wenn es von einem Kaufmann geübt wird, kann aber auch als Anschaffung nach Art. 271 Nr. 1 oder als Lieferung nach Art. 271 Nr. 2 absolutes Handelsgeschäft sein; und ebenso verhält es sich mit dem Wechselschluss. [30]) Ferner gehören dem Bankierbetrieb an die sonstigen zahlreichen Zahlungs-, Anweisungs- und Kreditgeschäfte aller Art; [31]) also namentlich die Ertheilung und Honorirung von Anweisungen, Kreditbriefen, [32]) der Verkehr mit Checks und Giroanweisungen, das Diskontiren, [33]) die Uebernahme und Vermittlung von Anleihen, die Negoziation, d. h. die Ordnung der Geldverhältnisse, insbesondere Annahme der Zeichnungen und Einzahlungen, Unterbringung der Aktien bei Gründungen, [34]) sowie Besorgung der Kassengeschäfte; dann die Annahme von Darlehn, das Leih- und Depositengeschäft, Kontokorrentgeschäft, Depot- und Lombardgeschäft; [35]) die Unterbringung von Kapitalien, die kommissionsweise Besorgung des An- und Verkaufs von Werthpapieren, die Lieferung von solchen, das Report- und Deportgeschäft u. a. Es erhellt, dass von diesen Geschäften manche auch unter anderer Rubrik als absolute oder relative Handelsgeschäfte auftreten können.

Bankier- und Geldwechslergeschäfte [36]) kann nicht blos ein Einzelner, sondern auch eine Handelsgesellschaft gewerbemässig, oder auch vereinzelt [37]) üben. Hieher gehören auch die Geschäfte der Sparkassen, Leihhäuser, Vorschussvereine, Volksbanken u. dgl. [38]) Wenn freilich zum Begriffe des Handelsgeschäfts auch hier nothwendig Gewinnabsicht gefordert wird, dann sind die Geschäfte obiger

---

[27]) Wie früher; s. Endemann a. a. O. S. 188.

[28]) Prolongation und Ausstellung neuer Wechsel s. R.O.H.G. Bd. 18, S. 306.

[29]) Goldschmidt Not. 10 b und 10 c; bestätigt durch eine ganze Reihe dort angeführter Entscheidungen des R.O.H.G. und anderer Gerichtshöfe.

[30]) Goldschmidt Not. 10 d bis 10 f und g.

[31]) S. die Aufzählung bei Anschütz-Völderndorff S. 34; Goldschmidt Not. 2 a ff.

[32]) Centralorg. N. F. Bd. 4, S. 343.

[33]) R.O.H.G. Bd. 3, S. 434.

[34]) Namentlich in Konsortium; vgl. R.O.H.G. Bd. 2, S. 430; Bd. 13, S. 306; Bd. 15, S. 249; Bd. 20, S. 198. Z. f. H.R. Bd. 20, S. 582; gewerbemässige Gewährung zinsbarer Darlehn s. Arch. Bd. 38, S. 227. R.O.H.G. Bd. 24, S. 38.

[35]) R.O.H.G. Bd. 2, S. 97; Bd. 5, S. 425. Vgl. Z. f. H.R. Bd. 20, S. 583.

[36]) Ueber Hypothekengeschäfte s. unten § 17, I.

[37]) S. unten § 16, I.

[38]) v. Hahn zu Art. 272 § 10.

Art, welche von Vereinen gemacht werden, deren Geschäftsbetrieb, namentlich die Beschaffung von Geld und Kredit, lediglich auf den Kreis der Mitglieder beschränkt ist, nicht Handelsgeschäfte. Handelsgeschäfte machen sie dann nur, wenn sie solche für das Publikum im Allgemeinen betreiben.[39]) Freilich können die Geschäfte der einzelnen Mitglieder, falls diese Kaufleute sind, mit dem Verein, nach Art. 273 Handelsgeschäfte sein. Anders verhält es sich jedoch mit den Vorschuss- und Kreditvereinen, welche eingetragene Genossenschaften sind. Indem diese als Kaufleute gelten,[40]) müssen aus diesem Grund auch die Geschäfte, die sie lediglich mit ihren Mitgliedern machen, stets als Handelsgeschäfte erscheinen.[41])

Ebenso fallen alsdann die Bankiergeschäfte der Sparkassen, Leihhäuser, sowie aller sonstigen Anstalten, welche solche nicht aus Gewinnabsicht treiben, nicht unter Art. 272 Nr. 2. Anders, wenn man sich überzeugt hält, dass von der Gewinnabsicht nur in dem oben in § 14 I C berührten Sinn zu reden ist.

Die Stellung öffentlicher Banken ist hier nicht zu erörtern.[42])

III. **Die Geschäfte des Kommissionärs, des Spediteurs und des Frachtführers, sowie die Geschäfte der für den Transport von Personen bestimmten Anstalten.**[43]) Die Mehrzahl „die Geschäfte" erklärt sich aus der Beziehung auf die sämmtlichen nachgenannten Subjekte.

A. **Des Kommissionärs.** Wer Kommissionär ist, ergibt sich aus der Definition des Art. 360.[44]) Darnach liegt Kommission nur dann vor, wenn der Kommissionär die Ausführung eines Geschäfts übernimmt, welches die Natur des Handelsgeschäfts hat.[45]) Ob Letzteres der Fall sei, muss, sofern nicht ein objektives Handelsgeschäft in Frage steht, von der Person des Kommittenten aus nach Art. 273 und 274 beurtheilt werden.

Die Geschäfte, welche Handelsgesellschaften oder eingetragene Genossenschaften als solche machen, machen sie sicher nicht als Kommissionäre der Mitglieder; aber sie können als solche Kommissionsgeschäfte übernehmen, entweder gewerbemässig oder vereinzelt. Auch im letzteren Fall ist die Uebernahme nach Art. 272 Abs. 2 Handelsgeschäft, da sie Kaufleute sind. Andere Vereine oder Sozietäten können nicht Kommissionäre sein, wenn es sich um die Ausführung von Geschäften handelt, die nur dem Handwerksbetrieb dienen, also vom Standpunkt des Kommittenten nicht Handelsgeschäfte sind.[46])

---

[39]) Darüber ist gestritten worden; allein der obige Satz erscheint jetzt anerkannt; Goldschmidt Not. 13; Anschütz-Völderndorff S. 27; R.O.H.G. Bd. 5, S. 210 z. A.

[40]) R.Genoss.-Ges. vom 4. Juli 1868, § 11; vgl. auch R.Ges. vom 19. Mai 1871.

[41]) Goldschmidt Not. 13a. Vgl. über das österr. Recht Z. f. H.R. Bd. 19, S. 483; R.O.H.G. Bd. 6, S. 199.

[42]) S. darüber Anschütz-Völderndorff Bd. 1, S. 38 ff.

[43]) Fremde Rechte und Entstehung der Rubrik im H.G.B. s. Goldschmidt § 54, Not. 1.

[44]) S. darüber und über die Arten der Kommission unten Buch 3, Abschn. 6.

[45]) Goldschmidt Not. 3; Laband Z. f. H.R. Bd. 9, S. 460. R.O.H.G. Bd. 14, S. 188.

[46]) So gewiss richtig v. Sicherer, Genoss.-Gesetzgeb. S. 125; Goldschmidt Not. 4b.

Handelsgeschäft soll sein die Uebernahme der Kommission von Seiten des Kommissionärs. Dazu gehört im Verhältniss zum Kommittenten natürlich auch die Ausführung des Auftrags als Erfüllung der durch die Uebernahme begründeten Verpflichtung. Die Geschäfte, welche der Kommissionär in Ausführung des Auftrags mit Dritten abschliesst und die häufig auch Kommissionsgeschäfte genannt werden, gehören nicht hieher. Ob sie Handelsgeschäfte sind, bestimmt sich nach den sonstigen Rubriken; eine Prüfung, die freilich, da die betreffenden Personen dem Art. 4 zufolge Kaufleute sind, nach Art 274 sehr erleichtert erscheint.[47]) Ebenso ist es eine Frage für sich, ob bei dem Geschäft, um dessen Uebernahme es sich hier handelt, auch die Bestellung oder Auftragsertheilung Handelsgeschäft ist. Die gewerbemässige Uebernahme aber ist Handelsgeschäft, gleichviel ob der Auftraggeber ein Kaufmann ist, oder nicht. Denn auch der von einem Nichtkaufmann ertheilte Auftrag bezweckt Ausführung eines Handelsgeschäfts.[48])

B. Ebenso wie zu A verhält es sich mit dem Geschäft, d. h. der Uebernahme, **des Spediteurs,** d. h. desjenigen, der den Transport von Gütern durch Frachtführer oder Schiffer zu besorgen verspricht.[49]) Auch hier ändert sich nichts darum, weil der Auftrag etwa von einem Nichtkaufmann ertheilt wird.[50])

C. Es gehören hierher ferner die Geschäfte, d. h. **die Transportverträge,** durch welche in gewerblicher Uebung

1. **ein Frachtführer,** sei es ein Einzelner, sei es eine Gesellschaft,[51]) die Ausführung eines Transports übernimmt. Nach der Definition des Frachtführers in Art. 390 ist nur der Transport von Gütern und nur derjenige, welcher zu Lande, auf Flüssen oder Binnengewässern stattfindet, verstanden. Der Gütertransport zur See fällt unter Art. 271 Nr. 4. Der Umfang des Begriffs „Frachtführer“ muss im Uebrigen an anderer Stelle[52]) näher entwickelt werden. Hier ist nur zu erwähnen, dass die Unterscheidung von grösserem oder kleinerem Betrieb, auf der Art. 10 beruht, für Art. 272 Nr. 3 nicht in Betracht kommt.[53])

2. Sodann die Geschäfte, welche **zur Beförderung von Personen eine dazu bestimmte Anstalt** eingeht.[54]) Der Transport von Passagieren zur See fällt wieder als objektives Handelsgeschäft unter Art. 271 Nr. 4. Hier ist also nur von dem Personentransport zu Lande oder auf Binnengewässern zu reden. Allein nicht von demjenigen, der von irgend Jemand gewerbemässig betrieben wird. Der Begriff des Frachtführers in der Allgemeinheit, wie er nach Art. 390 für

---

[47]) Anschütz-Völderndorff S. 36. — S. auch Laband a. a. O. S. 433 ff.

[48]) Laband a. a. O. S. 460.

[49]) S. über dessen Begriff Art. 379. 389 und unten Buch 3, Abschn. 6. — Also gehört nicht hieher Besorgung des Transports von Personen. Ueber sog. Annoncen- oder Inseratenspedition s. R.O.H.G. Bd. 1, S. 207; Bd. 4, S. 134; Bd. 12, S. 213; sie ist nicht Kommission.

[50]) Goldschmidt Not. 7 gegen Gaeris, Centralorg. N. F. Bd. 7, S. 285.

[51]) Z. B. Packetbeförderungsgesellschaft; R.O.H.G. Bd. 9, S. 89.

[52]) S. unten Buch 3, Abschn. 7. Vgl. Endemann H.R. § 153, Not. 4; Goldschmidt Not. 14—21. — Ueber die Post, Telegraphie und Eisenbahn s. unten Nr. 3.

[53]) R.O.H.G. Bd. 12, S. 196.

[54]) Denn so ist korrekter der Schluss des Art. 272, Nr. 3 zu lesen.

den Gütertransport existirt, ist für den Personentransport nicht aufgestellt. Es muss eine dem Personentransport gewidmete Anstalt sein. Damit hat das Gesetz neben kaufmännischem Betrieb auf grösseren Umfang desselben hindeuten, den gewöhnlichen Lohnkutscher ausscheiden wollen.[55]) Mithin gehören jedenfalls hieher die lediglich oder zugleich[56]) mit der Beförderung von Personen befassten Eisenbahnen, auch Pferdeeisenbahnen, Dampfschiffs-, grössere Fuhrunternehmungen,[57]) Omnibus- und Droschkenanstalten.[58]) Dass zum grossen Theil nur sorgfältiges Ermessen im einzelnen Fall entscheiden kann, ob eine Anstalt von solchem Karakter, woraus dann die Kaufmannseigenschaft folgt, vorhanden ist, versteht sich von selbst.[59]) Der Name der Anstalt kann natürlich nicht maassgebend sein.[60])

3. Besonderer Erwähnung bedürfen noch die **Geschäfte der Post, Telegraphenanstalt und Eisenbahn.**

a. **Die Post** ist entweder Reichs- oder Landespostverwaltung.[61]) Ihre Personenbeförderungsgeschäfte sind zweifellos nach Art. 272 Nr. 3 Handelsgeschäfte; was freilich nur für die Anwendung der allgemeinen Bestimmungen Bedeutung hat, da das H.G.Buch spezielle über den Personentransport nicht enthält.[62]) Als Handelsgeschäfte müssen ferner die Gütertransportgeschäfte der Post gelten, wozu auch der Transport von Geldbriefen zu rechnen.[63]) Daran ändert sich auch nichts durch Art. 421, welcher verordnet, dass die Bestimmungen des H.G.Buchs Art. 390 bis 420 über das Frachtgeschäft nur insoweit Anwendung finden, als nicht besondere Gesetze oder Verordnungen für die Post ein Anderes verfügen.[64]) Diese blos subsidiäre Geltung jener Vorschriften ist durchaus kein Grund, der Güterbeförderung der Post schlechthin den Karakter des Handelsgeschäfts zu versagen.[65]) Dasselbe gilt von den sonstigen Geschäften, welche die Post macht durch die Postanweisungen, Postvorschüsse, Postmandate u. s. w.[66]) Der Gegengrund, dass die Post keine auf Gewinn berechnete, sondern eine lediglich zum gemeinen Nutzen betriebene Staatsunternehmung sei,[67]) erscheint

---

[55]) v. Hahn zu Art. 272 § 14.

[56]) Neben dem gewerbemässigen Gütertransport, der sie schon zu Kaufleuten macht. Anschütz-Völderndorff S. 38, Not. 28 ff.

[57]) Vgl. Z. f. H.R. Bd. 6, S. 546.

[58]) Z. f. H.R. Bd. 6, S. 555; Arch. Bd. 1, S. 185, 218; Z. f. H.R. Bd. 20, S. 583. Anschütz-Völderndorff S. 38, Nr. 2.

[59]) S. über einige Merkmale v. Hahn, Not. 17.

[60]) S. auch Noack, Arch. Bd. 2, S. 28.

[61]) R.Verf. Art. 48, 50. Laband, Staatsrecht des d. Reichs Bd. 2, § 71.

[62]) Goldschmidt Not. 41.

[63]) R.O.H.G. Bd. 12, S. 315.

[64]) S. bes. Postges. vom 28. Okt. und 4. Nov. 1871 und Postordnung vom 18. Dezember 1874.

[65]) Darüber ist schon viel gestritten worden; s. die Nachweise bei Goldschmidt Not. 38. Das R.O.H.G. Bd. 12, S. 314 spricht sich nicht bestimmt aus.

[66]) Vgl. über diese Endemann H.R. § 160, Not. 60 ff.

[67]) S. Goldschmidt Not. 42a; s. auch Arch. Bd. 36, S. 202. Dies ist denn doch die Sache etwas zu idealistisch angesehen.

nicht als durchschlagend. Die Beförderung von Briefen muss, auch wenn sie nicht Werthbriefe sind, als Frachtgeschäft betrachtet werden.[68]) Der Brief ist immerhin ein Sachengut, mithin keine Ursache, die Definition der Post als Frachtführerin und damit die Anwendbarkeit des Art. 272 Nr. 3 für ausgeschlossen zu halten.[69]) In diesem Sinne hat sich auch das Reichsoberhandelsgericht ausgesprochen.[70]) Ein eigenes Geschäft bildet endlich noch der Zeitungsdebit, der ebenfalls als Handelsgeschäft zu gelten hat, wenn die Post Kaufmannseigenschaft besitzt.[71])

b. Von den **Telegraphenanstalten** lässt sich nicht dasselbe sagen. Wenn auch ihre Arbeitsleistung in Betreff der Depeschen als Beförderung oder Transport bezeichnet werden kann,[72]) so ist es doch keine Beförderung von Sachengütern. Mithin erscheint der Begriff des Frachtführers nach dem Wortlaut des Art. 390 auf sie nicht anwendbar und folglich der Uebernahme solcher Beförderung Art. 272 Nr. 3 verschlossen,[73]) so nahe es auch liegen mag, die Telegraphenanstalten mit anderen Transportanstalten auf eine Stufe zu stellen.

c. Für die **Eisenbahnen**, auch die des Staates kommen nach Art. 421 die Bestimmungen des H.G.Buchs über das Frachtgeschäft zur Anwendung, ferner die in Art. 422 bis 431 enthaltenen. Wenn nun auch bezweifelt werden mag, ob das H.G.Buch die Eisenbahnen direkt für Frachtführer oder deren Betrieb für gewerbemässigen Betrieb von Handelsgeschäften erklärt,[74]) so steht doch fest, dass die Uebernahme der Güter- und Personenbeförderung derselben vom H.G.Buch ergriffen wird. Demnach kann kein Bedenken obwalten, sie als Kaufleute zu behandeln und ihre gewerbemässigen Frachtgeschäfte des Güter- und Personentransports unter Art. 272 Nr. 3 zu stellen. Da nun auch der Staat gewerbemässig Handelsgeschäfte treiben kann, so erscheint auch auf die Staatseisenbahnen und deren Geschäfte Art. 272 Nr. 3 anwendbar.[75])

IV. **Die Vermittlung oder Abschliessung von Handelsgeschäften für andere**

---

[68]) Unbestimmt R.O.H.G. Bd. 12, S. 316. Für diese Ansicht Anschütz-Völderndorff Bd. 1, S. 40; Puchelt S. 16; Endemann § 160. S. über den Streit um die Kaufmannseigenschaft im Allgem. Goldschmidt Not. 38.

[69]) Goldschmidt Not. 27, 28 scheidet die Nachrichtenbeförderung und damit die Briefpost ganz aus; vgl. Not. 39, 40, bemerkt aber Not. 39, dass die Beförderung von Drucksachen und Zeitungen allerdings Frachtgeschäft sei. Die Exemplifikation auf gewerbemässige Briefboten bei Not. 38 ist vergeblich, da es solche nach dem Postges. § 1 nicht mehr geben kann.

[70]) R.O.H.G. Bd. 17, S. 127; Arch. Bd. 36, S. 309, unter Bezugnahme auch auf R.O.H.G. Bd. 12, S. 311.

[71]) S. darüber ausführlich die Entsch. des R.O.H.G. Arch. Bd. 36, S. 309.

[72]) Endemann H.R. § 162.

[73]) Goldschmidt Not. 28 gegen Anschütz-Völd. Bd. 1, S. 40.

[74]) Goldschmidt bei Not. 31.

[75]) v. Hahn zu Art. 5 Not. 5; Anschütz-Völd. Bd. 1, S. 40; Endemann § 161, Not. 2; R.O.H.G. Bd. 3, S. 405; Bd. 12, S. 311; Bd. 15, S. 35. — S. Goldschmidt Not. 37 auch über die abweichenden Ansichten Einiger.

Personen;[76]) jedoch mit Ausscheidung **der amtlichen Geschäfte der Handelsmäkler.**[77]) Das H.G.Buch bringt die amtlich bestellten Handelsmäkler und die Privathandelsmäkler in Gegensatz. Auch den letzteren ist der volle Gewerbebetrieb freigegeben.[78]) Die Vermittlung und Abschliessung der Geschäfte Seitens der Handelsmäkler aber innerhalb ihres amtlichen Geschäftskreises wird von dem H.G.Buch überhaupt nicht als Gewerbebetrieb, sondern als Ausübung einer öffentlichen, gleichsam amtlichen Funktion angesehen. Ihre Vermittlungs- und Abschliessungsthätigkeit wird von diesem Standpunkt aus in den Art. 66 ff. geregelt.[79]) Demgemäss sind denn auch die Handelsmäkler in der Ausübung ihrer Berufsthätigkeit nicht Kaufleute. Indessen erscheint damit noch keineswegs ausgemacht, ob nicht die Uebernahme des Auftrags, der Mäklervertrag, zu dessen Erfüllung die Berufsthätigkeit geübt wird, als gewerbemässiges Handelsgeschäft derselben zu gelten hat. Darauf weist die Analogie der Nr. 1—3 des Art. 272 hin. Auch der Handelsmäkler übernimmt mit Gewinnabsicht; und erst die Ausführungsthätigkeit der Vermittlung und Abschliessung ist „amtliches" Geschäft, nicht der rein private Mäklervertrag.[80])

Dies muss auch festgehalten werden, soweit es sich um die Thätigkeit der Handelsmäkler ausser ihrer Amtssphäre und die der Privathandelsmäkler handelt. Was Handelsgeschäft sein soll, ist nicht die Vermittlung und Abschliessung der für den Auftraggeber angestrebten Geschäfte zwischen diesem und einem Dritten, aus der allerdings für den Handelsmäkler auch Rechtsbeziehungen zu dem Dritten entstehen.[81]) Was allein in Art. 272 für Handelsgeschäft erklärt wird, ist das Vermittlungsgeschäft, die Uebernahme des Auftrags gegen Entgelt.[82])

A. Die übernommene Aufgabe muss bestehen entweder **in dem Vermitteln, oder in der Abschliessung von Geschäften** für Andere, oder in beidem.[83])

1. **Vermitteln** ist durch eigene Thätigkeit das Zustandekommen eines Geschäfts befördern und herbeiführen.[84]) Dazu gehört auch möglicherweise schon die Ertheilung von Nachweisen über Person, Gegenstand, Gelegenheit behufs Ermöglichung eines Geschäftsabschlusses.[85])

---

[76]) S. über die fremden Rechte u. die Entstehung dieser Rubrik Goldschmidt § 55, Not. 1.

[77]) S. über diesen Begriff unten Buch 3, Abschn. 6.

[78]) Art. 84; vgl. Goldschmidt § 55, Not. 8.

[79]) Anschütz-Völd. Bd. 2, S. 41; Goldschmidt Not. 10; gegen Blodig, Arch. Bd. 3, S. 58. — S. über die amtlichen Pflichten Endemann H.R. § 104, III ff. Anders im französ. Recht; s. Goldschmidt Not. 11. Ueber verbotene Geschäfte der Pfuschmäkler s. R.O.H.G. Bd. 15, S. 393 ff.

[80]) Endemann § 165.

[81]) Art. 81; vgl. Endemann § 105, Not. 9. 10.

[82]) Anschütz-Völd. S. 39, IX z. A. Goldschmidt nach Not. 2. — Dies hätte korrekter in Nr. 4 ausgedrückt werden können.

[83]) Wie namentlich bei Agenten; Anschütz-Völd. Bd. 2, S. 40.

[84]) Goldschmidt § 55, I z. A.; v. Hahn, Bd. 1, S. 248 § 1; R.O.H.G. Bd. 4, S. 413; Bd. 7, S. 104.

[85]) Z. f. H.R. Bd. 8, S. 186; Anschütz-Völd. zu Art. 272, Not. 38. — S. über Abschluss eines Vertrags mit dem Rheder behufs Vermittlung des Auswanderer-Passagevertrags Arch. Bd. 39, S. 115.

2. **Abschliessung für einen Andern** ist Zustandebringen des Geschäfts in Stellvertretung, wozu leicht der Auftrag mit dem der Vermittlung verbunden ist. Abschliessung für einen Anderen in eigenem Namen fällt als Kommission unter Art. 272 Nr. 3.[86])

B. Die Vermittlung oder Abschliessung muss **auf ein Handelsgeschäft gerichtet** sein,[87]) ein absolutes oder relatives,[88]) ein- oder zweiseitiges.[89]) Es gehört also hieher die Vermittlung von Frachtverträgen mit einem Frachtführer,[90]) die der Auswanderungs-,[91]) Dienst- und Stellennachweisungsbureaus, die gegen Entgelt das Engagement von Handlungsgehülfen vermitteln,[92]) Beschaffung oder Unterbringung von Darlehnskapitalien für Kaufleute.[93]) Dagegen ist nicht Handelsgeschäft die Vermittlung des An- und Verkaufs von Immobilien,[94]) die Versicherung auf Gegenseitigkeit,[95]) die Theateragenturen-,[96]) Heirathsvermittlungen, sowie jede andere Vermittlung von Nichthandelsgeschäften, wenn sie nicht von einem Kaufmann, und das ist auch der gewerbemässige Vermittler von Handelsgeschäften, nach Art 273 geschieht.

C. Hiernach gehören zu den Gewerbetreibenden, auf welche Art. 272 Nr. 4 passt, wie aus dem Obigen erhellt, zunächst **die Mäkler.** Sodann auch **Versteigerer**, welche durch ihre Thätigkeit für Andere Verkauf oder Lieferung an den Meist- oder Mindestbietenden vermitteln oder abschliessen.[97]) Die Versteigerung wird mitunter auch den Mäklern zugewiesen.[98]) Ferner **die Agenten.** Unter diesem nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch keineswegs sicheren Begriff, über den das H.G.B. nichts Näheres enthält,[99]) sind hier keinenfalls die im Geschäft des Prinzipals zur Vermittlung und Abschliessung von Geschäften

---

[86]) v. Hahn zu Art. 272 § 16. Doch macht Anschütz-Völd. S. 40 mit Recht darauf aufmerksam, dass öfter auch diese Vermittler Kommissionäre genannt werden. Vgl. über den Uebergang zur Kommiss. im französ. Recht R.O.H.G. Bd. 15, S. 394.

[87]) Anders im französ. Recht; Goldschmidt Not. 27.

[88]) v. Hahn § 17; Anschütz-Völd. S. 40.

[89]) R.O.H.G. Bd. 23, S. 10.

[90]) Mit der sich auch Dienstmannsinstitute befassen; Goldschmidt Not. 31.

[91]) R.O.H.G. Bd. 15, S. 17.

[92]) Gesindebureaus gehören nicht hieher; vgl. Art. 65.

[93]) S. Art. 273; Goldschmidt Not. 29; Z. f. H.R. Bd. 20, S. 603; v. Hahn Not. 27.

[94]) S. unten § 17, III C. 2. Z. f. H.R. Bd. 20, S. 589. Arch. Bd. 9, S. 144; Bd. 19, S. 28. 29; Bd. 31, S. 301; s. dagegen R.O.H.G. Bd. 10, S. 428; Bd. 16, S. 1 u. Nr. 77, wonach sie doch auf Grund des Art. 274 Handelsgeschäft werden kann, u. über diese Goldschmidt Not. 28.

[95]) Vgl. oben § 14, Not. 92.

[96]) R.O.H.G. Bd. 15, S. 287.

[97]) Goldschmidt Not. 16. Das H.G.B. erwähnt sie nicht besonders, wie mehrere fremde Rechte thun.

[98]) Den Handelsmäklern gesetzlich überwiesen nach H.G.B. Art. 311. 348 u. a., nach Preuss. E.G. Art. 9, § 3; Bayer. Art. 33; Würtemb. Art. 28 u. a. gestattet. Ob insoweit die Handelsmäkler dann als Kaufleute erscheinen können (vgl. oben bei Not. 79), s. Z. f. H.R. Bd. 16, S. 125.

[99]) Warum, s. Goldschmidt Not. 21.

als Gehülfen Angestellten zu verstehen,[100] sondern nur diejenigen, welche daraus ein selbständiges Gewerbe machen, dass sie die Vermittlung, im Interesse des Auftraggebers,[101] oder als Stellvertreter die Abschliessung von Handelsgeschäften übernehmen.[102] Dazu gehören nicht blos solche, welche ein bestimmtes Etablissement oder Bureau haben, wie die Agenten verschiedener Arten von Versicherungs- und anderen Gesellschaften,[103] die Kommissionäre des Buchhandels[104] u. a., sondern auch reisende oder wandernde Agenten, nicht alle, aber manche sog. Provisionsreisende,[105] Subskribentensammler oder Kolporteure des Buchhandels[106] u. a. Der Name ist auch hier durchaus nicht entscheidend. So können ausser Kommissionären und Kommissionsbureaus auch Güterschaffner, Bestätter, Schiffsprokureure, sog. Geschäftsbureaus u. s. w. hieher gehören.[107]

V. **Die Verlags-, Buch- und Kunsthandels-, sowie die Druckereigeschäfte,**[108] d. h. diejenigen Geschäfte, welche ein Verleger, Buch- oder Kunsthändler, oder ein Druckereibesitzer gewerbemässig und daher in Gewinnabsicht übernimmt. Darauf weist die Analogie der Nr. 1—4 des Art. 272 hin. Die Geschäfte, welche behufs der Ausführung des Verlags u. s. w. abgeschlossen werden, sind von der Uebernahme begrifflich zu trennen. Sie erscheinen nicht auf Grund des Art. 272 Nr. 5, sondern auf Grund des Art. 273, weil und insofern sie zum Betriebe des Handelsgewerbes geschlossen werden, als Handelsgeschäfte. Demgemäss sind

A. **Verlagsgeschäfte** im eigentlichen Sinn diejenigen, durch welche gewerbemässig der Verleger die Vervielfältigung und die Verbreitung eines literarischen Produkts, wozu auch Zeitungs- oder Zeitschriftenverlag gehört,[109] oder eines Kunstprodukts übernimmt.[110] Das Uebernehmen, die Entreprise erfolgt meist durch Vertrag mit dem Autor oder dem sonstigen Urheberrechtsinhaber. Ob das Verlagsgeschäft aus der Initiative des letzteren hervorgeht,

---

[100] R.O.H.G. Bd. 7, S. 301; Arch. Bd. 36, S. 175.

[101] R.O.H.G. Bd. 10, S. 361; und nicht, wie die Handelsmäkler nach Art. 81 im beiderseitigen Interesse der Parteien. — Unterscheidung vom Kommissionär s. Arch. Bd. 37, S. 344.

[102] Ueber den Umfang der Vollmacht dazu s. Goldschmidt Not. 22a bis 23.

[103] Mit Unterscheidung, ob sie blosse Gehülfen oder Handlungsbevollmächtigte, oder selbständige Kaufleute sind. S. darüber viel Materialbei Goldschmidt Not. 26; Puchelt S. 570 ff.

[104] v. Hahn Not. 33; Goldschmidt § 56, Not. 18. Arch. Bd. 36, S. 316.

[105] Goldschmidt § 55, Not. 28.

[106] Goldschmidt § 57, Not. 20.

[107] v. Hahn § 18. — Unterscheidung von Agenten und Agenturen s. Z. f. H.R. Bd. 20, S. 610.

[108] Ueber die Entstehung dieser umfassenden Rubrik in Art. 272 Nr. 5, die in den meisten fremden Rechten fehlt, s. Goldschmidt § 56, Not. 1—4.

[109] S. über diesen Arch. Bd. 14, S. 416; Bd. 18, S. 393; Bd. 22, S. 254; Z. f. H.R. Bd. 6, S. 554; Bd. 13, S. 634; R.O.H.G. Bd. 14, S. 23.

[110] Das „Uebernehmen" ist zu betonen, nicht das Anschaffen des Verlagsrechts. Anschütz-Völd. S. 43, Nr. 1; v. Hahn zu Art. 272 § 19, Nr. 1a; Goldschmidt S. 643.

oder aus der des Verlegers, der möglicherweise sogar den Autor engagirt, das Werk erst zu produziren, ist für den Begriff dieses Geschäfts gleichgültig.[111]) Indessen kann auch Verlag existiren, die auf Vervielfältigung und Verbreitung gerichtete Thätigkeit als Verlag erscheinen, wenn ein Urheberrecht an dem Produkt nicht oder nicht mehr besteht, und sogar, wenn sie unbefugter Nachdruck ist. Auch Selbstverlag kann die Eigenschaft eines kaufmännischen Verlegers begründen, falls er gewerbemässig geübt wird.[112])

Ist vermöge der gewerbemässigen Uebung die Eigenschaft eines Verlegers-Kaufmanns begründet, dann erscheinen alle Behufs des Verlags von ihm geschlossenen Geschäfte, Bestellungen und Anschaffungen jeder Art, die zur Ausführung des Verlags erforderlich sind, sowohl von Arbeitsleistungen, z. B. eines Redakteurs, der Korrektur, als von Sachenmaterial, als Handelsgeschäfte. Von den Meisten werden diese Vervielfältigungs- und Verbreitungsverträge, obwohl sie erst auf Grund des Art. 274 zu Handelsgeschäften werden, den Verlagsgeschäften des Art. 272 Nr. 5 beigezählt.[113]) Beiderlei Ausführungsgeschäfte, Vervielfältigung und Verbreitung kann der Verleger ebensogut selbst besorgen, als mittels Vertrag durch Andere besorgen lassen.[114])

Bestellung irgend eines zum Verlag an sich geeigneten Produkts lediglich zum eigenen Gebrauch ist kein Handelsgeschäft, weil dies keine der Uebernahme in Spekulationsabsicht ist; und der Vertrag über Aufführung eines musikalischen oder dramatischen Werks nicht, weil solche keine Vervielfältigung und Verbreitung im Sinne des Verlags ist.[115])

B. **Sonstige Geschäfte des Buch- und Kunsthandels** sind alle die Geschäfte, durch die Sortiments- und Kunsthändler gewerbemässig ihre Anschaffungen[116]) bewirken und die auch schon nach Art. 271 Nr. 1 Handelsgeschäfte sein können, sowie, zusammentreffend mit Art. 273 Abs. 2, deren gewerbliche Veräusserungen an andere Händler oder Konsumenten. Dasselbe gilt von den Antiquaren und Antiquitätenhändlern.[117]) Es gehören auch hierher in demselben Sinn die Uebernahme und Ausführung des Kommissionsvertriebs,[118]) die sich auch mit Besorgung des Drucks verbinden kann. Dagegen gehören nicht hieher die Geschäfte der Leihanstalten, sofern sie nicht als Nebengeschäfte

---

[111]) Goldschmidt Not. 8.

[112]) Goldschmidt Not. 10—12.

[113]) Anschütz-Völd. S. 45, Nr. 2. 3. v. Hahn § 19, Nr. 1, b u. c; Goldschmidt S. 644.

[114]) Anschütz-Völd. a. a. O. Not. 44. 45.

[115]) Aber doch nach Analogie des Verlagsvertrags zu beurtheilen. R.O.H.G. Bd. 12, S. 319; vgl. auch Bd. 15, S. 182. 193. 285.

[116]) Fest oder à condition; s. Endemann § 173, III B.

[117]) v. Hahn § 20. Unterscheidung derselben von Trödlern s. Anschütz-Völd. Bd. 1, S. 79 Not. 25 (vgl. Art. 10).

[118]) v. Hahn Not. 46; Goldschmidt Not. 9. — Nicht zu verwechseln mit der buchhändlerischen Kommission der Not. 104.

von einem Buch-, Musikalien- oder Kunsthändler betrieben werden, wo dann Art. 274 einschlägt.[119])

C. **Die Geschäfte der Druckereien**, d. h. die Uebernahme des Drucks in irgend welcher Gestalt, der Erzeugnisse des Buch- oder Kunsthandels hervorbringt. Photographische Vervielfältigung wird dem gleichzustellen sein.[120]) Die Anschaffungen, welche behufs der Ausführung des Druckereiunternehmens gemacht werden, sind wieder nur Handelsgeschäfte nach Art. 273.

Die Uebernahme des Drucks ist aber nur unter der Voraussetzung Handelsgeschäft nach Art. 272 Nr. 5, **dass der Betrieb kein blos handwerksmässiger ist.** Das Kleingewerbe wird also ausgeschieden.[121]). Ob Gross- oder nur Handelsbetrieb ist konkrete Frage. Eine Vermuthung[122]) für den einen oder den andern, die auf die Beweislast Einfluss hätte, gibt es nicht.[123])

§ 16.

bb. Handelsgeschäfte abhängig von der Kaufmannseigenschaft.

Die Kaufmannseigenschaft des Art. 4 hat zur Folge, dass gewisse oder alle Geschäfte, welche von einer damit bekleideten Person abgeschlossen werden, als Handelsgeschäfte zu beurtheilen sind.[1]) Kaufmann ist der Einzelne, die offene oder Kommanditgesellschaft, welche Handelsgeschäfte treiben, jede Aktien-, Kommanditaktiengesellschaft und eingetragene Genossenschaft. Für manche Geschäfte sind die nachfolgenden Rubriken gleichgültig, weil sie vielleicht auch schon unter anderem Titel als Handelsgeschäfte, absolute oder relative, erscheinen.

I. Um der Kaufmannseigenschaft willen gelten noch Art. 272 Abs. 2 alle Geschäfte, von deren gewerbemässiger Uebung Art. 272 in der Nr. 1—5 spricht, **auch wenn sie vereinzelt von einem Kaufmann**, wiewohl dessen Betrieb gewöhnlich auf derartige Geschäfte nicht gerichtet ist, **gemacht werden**, als Handelsgeschäfte.[2]) Nur von der vereinzelten Uebung der in Nr. 1—5 aufgezählten Geschäfte ist die Rede;[3]) diese wird aber zum Handelsgeschäft, nicht blos, wo die Kaufmannsqualität durch gewerbemässigen Betrieb eines der unter Nr. 1—5 berührten Geschäftszweige, sondern auch da, wo sie durch den Betrieb sonstiger Handelsgeschäfte irgend einer Art begründet ist. Es liegt

---

[119]) Anschütz-Völderndorff Not. 48; Goldschmidt Not. 21, 22.

[120]) Goldschmidt Not. 25; Arch. Bd. 13, S. 44. Verhältniss eines photogr. Ateliers zu dem Begriff der Manufaktur s. Arch. Bd. 23, S. 11.

[121]) Ueber den Begriff des blos handwerksmässigen Betriebs s. oben Not. 16 ff.

[122]) Eine solche stellt nur die Sächs. Ausf.V.O. vom 30. Nov. 1861, § 43 auf; nemlich für blos handwerksmässigen Betrieb, wenn er nur mit einer Person stattfindet.

[123]) Arch. Bd. 31, S. 301.

[1]) Dabei ist zu erwähnen, dass die Einf.-Gesetze allerdings theilweise das Kriterium verwischen, indem sie eine Reihe der auf Handelsgeschäfte der Kaufleute bezüglichen Bestimmungen auch auf Nichthandelsgeschäfte der Nichtkaufleute ausdehnen. S. die Zusammenstellung bei v. Hahn Vorbemerk. III zu H.G.B. Buch 4, Tit. 1, Abschn. 2—4.

[2]) S. über die Entstehung des Art. 272, Abs. 2. Goldschmidt § 51, Not. 2.

[3]) v. Hahn zu Art. 272, Not. 53; auch über die generalisirende Bestimmung im Brem. Einf.-Ges. § 29.

also ein Handelsgeschäft nicht blos vor, wenn ein Fabrikant des Art. 272 Nr. 1, sondern auch wenn ein gewerbemässig sonst nur Lieferungen unternehmender Kaufmann (des Art. 271 Nr. 2) ein Frachtgeschäft oder ein Verlagsgeschäft unternimmt. Dies ist der Sinn der Worte: „im Betriebe seines gewöhnlich auf andere Geschäfte gerichteten Geschäfts." Keineswegs bedarf es des Nachweises, dass das ungewöhnliche Geschäft um des gewöhnlichen Geschäftsbetriebes willen geschlossen worden sei. Nach Art. 274 wird die Zugehörigkeit zum Geschäft des Kaufmanns bis auf den Gegenbeweis, dass das Geschäft überhaupt gar nicht für das Handelsgewerbe, sondern z. B. für das Privat- oder Hausbedürfniss geschlossen sei, präsumirt. Ein solcher Gegenbeweis kann aber nicht mehr Platz greifen, wo das wenn auch nur vereinzelte Geschäft schon an sich nach Art. 272, Nr. 1—5 als zum Handelsbetrieb geeignet anzusehen ist.[4]) Am wenigsten ist der Ausdruck „im Betrieb des Handelsgewerbes" dahin zu deuten, dass das vereinzelte ungewöhnliche Geschäft doch irgendwie nachweisbar Bezug auf das von dem Kaufmann gewöhnlich betriebene Handelsgewerbe haben und in dessen Bereich fallen müsse.[5])

Ist einmal kaufmännischer Betrieb da, so ist er ein abstrakt unbegrenzter, der jedes, wenn auch nach seinem konkreten Zweck noch so fern liegendes Geschäft in seinen Bereich zieht.[6])

II. Handelsgeschäfte sind ferner **alle einzelnen Geschäfte eines Kaufmanns, welche zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören.**[7]) So Art. 273 Abs. 1. Aus Abs. 2 und 3 erhellt, dass unter „allen einzelnen" nicht etwa blos vereinzelt, sondern auch gewerbemässig geübte Geschäfte zu verstehen sind. Die Bestimmung trifft überhaupt auch Geschäfte, die ohnehin schon absolute Handelsgeschäfte nach Art. 271 sind; wird aber immerhin auch für diese bedeutsam, da, wo sie ein Kaufmann vornimmt, nicht weiter nach der Wiederveräusserungsabsicht, welche Art. 271 erheischt,[8]) gefragt zu werden braucht. Sie umfasst an sich nicht minder auch solche Geschäfte, die schon nach Art. 272 Abs. 2 den Karakter von Handelsgeschäften haben, bei denen also nach den besonderen Voraussetzungen des Art. 273 Abs. 3 nicht mehr zu fragen ist.[9])

Voraussetzung des Art. 273 Abs. 1 ist die Zugehörigkeit des einzelnen Geschäfts, wie der Ausdruck „seines" lehrt, zu dem konkreten Handelsgewerbe des

---

[4]) Goldschmidt § 51, Not. 4. R.O.H.G. Bd. 4, S. 53; Bd. 12, S. 369. Es genügt, s. das. Bd. 7, S. 363, wenn das Geschäft als überhaupt zum Betrieb gehörig angesehen werden kann.

[5]) v. Hahn zu Art. 272, § 23.

[6]) S. auch unten III A.

[7]) Entstehung s. Goldschmidt § 57, Not. 1, 2. Zu beachten die Polemik in Not. 2 a. E. zu Gunsten der im Folgenden darzulegenden Auffassung wider die abweichende Ansicht v. Kräwell's u. A.

[8]) S. oben § 14, I C.

[9]) v. Hahn zu Art. 273, § 4. S. auch R.O.H.G. Bd. 3, S. 142; Bd. 17, S. 3. — Ueber die Klassifizirung der hieher gehörigen Geschäfte in Realisationsveräusserungen und Hülfsgeschäfte s. Goldschmidt Not. 2a ff. und Thöl § 34 gegen v. Hahn § 5, welcher diese Eintheilung mit Recht verwirft.

Kaufmanns.[10]) Es muss also untersucht werden, wie der bestimmte Handelsbetrieb des Kaufmanns beschaffen ist, namentlich welchen Umfang er hat, welche Art von Geschäften, welche Objekte u. s. w.[11]) er nach der erklärten Absicht oder den thatsächlichen Umständen ergreift. Alle Geschäfte, welche in Verfolgung des hiernach gegebenen kaufmännischen Unternehmens, zur Ausführung, Erleichterung oder Sicherung des fraglichen Betriebs dienen, gehören hieher. Indessen erleichtert sich der Beweis der Zugehörigkeit sehr durch Art. 274 Abs. 1. Und zu seinem Gewerbe gehören auch jedenfalls, wie nach Art. 272 Abs. 2 angenommen werden muss, die vereinzelten Geschäfte des Art. 272 Nr. 1—5, die ein Kaufmann vornimmt.[12])

Als **Hauptbeispiele** werden in Art. 273 Abs. 2 angeführt:

A. **gewerbliche,** d. h. innerhalb des konkreten Gewerbebetriebs sich bewegende[13]) **Weiterveräusserung der zu diesem Zweck angeschafften Waaren, beweglichen Sachen oder Werthpapiere.** Die Weiterveräusserung[14]) muss zum Gegenstande haben Waaren, bewegliche Sachen oder Werthpapiere;[15]) und zwar solche, die zu diesem Zweck angeschafft sind. Es handelt sich also um die Realisirung der Absicht, durch welche die Anschaffung nach Art. 271 Abs. 1 zum Handelsgeschäft wird. Bei dieser Wechselwirkung der Begriffe, Anschaffung und Weiterveräusserung ist es freilich immer sonderbar, dass jene absolutes, diese nur, wenn sie von einem Kaufmann geschieht, Handelsgeschäft sein soll.[16])

Aehnlich verhält es sich mit der Beschränkung in § 273 Abs. 3. Handelsgeschäfte sind nicht die Weiterveräusserungen von Handwerkern in ihrem Handwerksbetrieb, während doch ihre Anschaffungen zum Zweck der Weiterveräusserung nach Art. 271 Nr. 1 Handelsgeschäfte sind.[17]) Aus Zweckmässigkeitsrücksichten hat nicht absolut der Kleinbetrieb, wohl aber der Kleinbetrieb der Handwerker mit ihren Kunden, der in Veräusserung besteht, ausgeschlossen werden sollen; nicht blos wenn es sich um von ihnen selbst produzirte, sondern auch wenn es sich um die von ihnen aus angeschafftem Stoff verfertigten und sogar wenn es sich um von ihnen fertig angeschaffte Sachen handelt; gleichviel auch, ob die Veräusserung im offenen Laden, oder wo sonst geschieht.[18]) Auf die Unsicherheit des Begriffs des Handwerkers gegenüber dem des Fabrikanten,

---

[10]) S. auch v. Hahn Vorbemerk. II zu Buch 4, Tit. 1, Abschn. 2, § 2.

[11]) S. über die bestimmenden Momente v. Hahn § 2 z. A. — Rein thatsächliche Feststellung; R.O.H.G. Bd. 21, S. 253.

[12]) Nur die vereinzelten Geschäfte, welche nicht schon wegen Art. 272 Abs. 2 Handelsgeschäfte sind, werden von Art. 273 Abs. 1 berührt Für diese ist allerdings nöthig, dass sie in den Rahmen des gewöhnlichen, konkreten Gewerbebetriebs fallen.

[13]) v. Hahn § 6. Dieser Begriff ergibt sich ohne Weiteres aus dem Zusammenhang mit Abs. 1. S. dagegen Goldschmidt Not. 8; Anschütz-Völderndorff S. 48.

[14]) S. über deren Begriff oben § 14, Not. 44. Ueber die Behandlung dieser Rubrik in den fremden Rechten und in den Vorarbeiten zum H.G.Buch Tit. Goldschmidt Not. 5.

[15]) S. über die Definition dieser Objekte oben § 14, I. B.

[16]) Goldschmidt Not. 6. — Vgl. Arch. Bd. 24, S. 358. — Dass der Absatz der Lotterieloose an die Spieler für den Kollekteur Handelsgeschäft sein soll, s. § 14, Not. 43.

[17]) Zur Kritik s. Thöl § 34, Not 3.

[18]) Anschütz-Völderndorff S. 51, Nr. 4.

den auch Art. 10 aufstellt, ist oben bereits hingewiesen worden.[19]) Wie die Weiterveräusserung des Handwerksbetriebs,[20]) so ist auch die Anschaffung von Zuthaten oder Werkzeugen desselben, da hier die Absicht der Weiterveräusserung fehlt, kein Handelsgeschäft, sondern höchstens die Anschaffung des Rohstoffs.[21])

B. **Die Anschaffung von Geräthen, Material und anderen beweglichen Sachen,** welche bei dem Betriebe des Gewerbes unmittelbar benutzt oder verbraucht werden sollen. Hier handelt es sich um Geschäfte, die nicht unmittelbar das Ziel des Gewerbebetriebs bilden, sondern zur Ausführung des letzteren geschlossen werden; sei es häufig, vielleicht sogar regelmässig, sei es vereinzelt.

Der Begriff der **Anschaffung**[22]) ist nicht ganz derselbe wie in Art. 271 Nr. 1.[23]) Denn da es nicht auf Absicht der Weiterveräusserung ankommt, sondern Absicht der Benutzung genügt, ist hieher auch die Anschaffung durch Miethe zu rechnen.[24]) Als **Gegenstand** wird genannt Alles, was Geräthe ist, d. h. was zur Errichtung oder zum Betriebe des Geschäfts dient;[25]) ferner Material, also der Roh- oder sonstige Stoff, welcher bei dem Geschäftsbetrieb in irgend einer Weise, als Hauptsache oder Zuthat, gebraucht wird. Welchen Umfang die Anschaffung hat, ist gleichgültig. Zu den beweglichen Sachen gehören auch Geldstücke und Werthpapiere, Banknoten, Wechsel u. dgl.[26]) Es muss die **Absicht** obwalten, und zwar bei der Anschaffung,[27]) die Gegenstände unmittelbar bei dem Betriebe des Gewerbes zu benutzen, d. h. sie entweder mit Erhaltung der Integrität, wenigstens im Wesentlichen, zu brauchen, oder zu verbrauchen; d. h. sie so zu brauchen, dass sie, wenn auch nicht gerade mit völliger Zerstörung, in der früheren Weise nicht mehr brauchbar sind, oder nicht mehr existiren. Den Gegensatz bildet der Gebrauch zur Befriedigung der Bedürfnisse des Kaufmanns ausserhalb des Geschäftsbetriebs, in seinem Haushalt u. dgl. Das Wort „unmittelbar“ deutet darauf hin, dass eben der Zweck des Gebrauchs im Gewerbebetrieb von Anfang an der Anschaffung zu Grunde liegen muss.[28]) Ob innerhalb des Gewerbebetriebs die Anschaffung demselben direkt oder indirekt dient, macht keinen Unterschied. Daher gehört auch die Anschaffung

---

[19]) Vgl. Anschütz-Völderndorff S. 49, Nr. 1. Goldschmidt § 46, Not. 9 ff. — Alle sog. Feststellungen haben nur konkreten Werth. S. solche z. B. Z. f. H.R. Bd. 20, S. 562, 563; Arch. Bd. 32, S. 269; Bd. 39, S. 188.

[20]) Z. f. H.R. Bd. 11, S. 107. Arch. Bd. 5, S. 242; R.O.H.G. Bd. 4, S. 241; Bd. 7 S. 237.

[21]) S. oben § 14, I. C.

[22]) Ueber die Unklarheit des französ. Rechts s. Goldschmidt Not. 17.

[23]) S. oben § 14, I. A.

[24]) Arch. Bd. 17, S. 79; Bd. 21, S. 103.

[25]) Zahlreiche Beispiele s. bei Brinckmann, Arch. f. adv. Prax. Bd. 32, S. 390 ff. Goldschmidt Not. 18 ff. — Arch. Bd. 7, S. 186; Bd. 13, S. 28, 182; Bd. 17, S. 42; Bd. 18, S. 206, 442 ff.; Bd. 22, S. 467. Auch Beschaffung von Zeichnungen, Plänen u. s. w. Arch. Bd. 39, S. 115.

[26]) Vgl. oben § 14, I. B. 1—3.

[27]) Vgl. oben § 14, I. C.

[28]) v. Hahn § 7 a. E. R.O.H.G. Bd. 11, S. 341; s. auch Z. f. H.R. Bd. 20, S. 589.

zur Verwendung auf Immobilien hieher, wenn diese zu den Betriebsmitteln des kaufmännischen Gewerbes dienen.[29])

Neben Abs. 2, der nur Beispiele enthält, liegt noch ein weiter Kreis von Geschäften der Anschaffung, die durch Abs. 1 in Verbindung mit Art. 274 zu Handelsgeschäften werden. Anschaffung von Immobilien, wenn auch für den Handelsgewerbebetrieb, bleibt ausgeschlossen.[30]) Dagegen gehört noch hieher namentlich die Anschaffung von Arbeitskräften aller Art, die Verträge mit Handlungsgehülfen, Prokuristen und allen sonstigen Personen, die zu handelsmässigen Diensten[31]) in dem kaufmännischen Geschäft engagirt werden.[32]) Unzweifelhaft sind diese Handelsgeschäfte.[33]) Ebenso das Eingehen einer Handelsgesellschaft[34]) oder auch einer Gelegenheitsgesellschaft, das zum Zwecke des Gewerbebetriebs, namentlich um diesem grössere Ausdehnung zu geben, stattfindet;[35]) folglich dann auch die Auseinandersetzung der Gesellschaften.[36]) Es gehören ferner zu den Handelsgeschäften die Bürgschaften, Garantieen, Deckungen, die der Kaufmann im Handelsbetrieb gibt oder nimmt;[37]) das Geben und Nehmen einer Zahlung, das Zahlungsgeschäft im ausgedehntesten Sinn;[38]) ferner das Nehmen und Geben einer Versicherung,[39]) die Aufnahme von Darlehn,[40]) Geben

---

[29]) Anders bei Anschaffung von Waaren u. s. w. für Eisenbahnbau, da dieser kein Handelsbetrieb ist. Arch. Bd. 26, S. 201.

[30]) S. auch unten § 17, II.

[31]) Ob der Karakter dieser Dienste vorhanden, bedarf oft besonderer Prüfung; s. z. B. über Engagement eines Ingenieurs Z. f. H.R. Bd. 20, S. 577. — Ueber Handwerksgesellen und Fabrikarbeiter s. Goldschmidt Not. 24 a; über andere R.O.H.R. Bd. 11, S. 56, 387; Bd. 14, S. 19.

[32]) Ueber die fremden Rechte Goldschmidt s. Not. 24.

[33]) R.O.H.G. Bd. 6, S. 195; Bd. 11, S. 57, 387; Bd. 14, S. 50. — Eine Reihe von Fällen verschiedenster Art s. bei Goldschmidt Not. 24 a. E. S. das. auch über den unberechtigten Zweifel, der daraus entstanden war, dass die meisten Einf.-Ges. die betr. Rechtsverhältnisse nur als Handelssachen bezeichneten.

[34]) Gründung einer Aktienges. s. R.O.H.G. Bd. 20, S. 198; Vereinigung zu einem H.Geschäft Bd. 17, S. 397.

[35]) S. über die fremden Rechte und über die Vertretung dieses allg. Satzes gegen v. Hahn § 8, Not. 13 die Ausführung von Goldschmidt Not. 26. Vgl. auch Z. f. H.R. Bd. 20, S. 562. — Annahme eines stillen Gesellschafters s. v. Hahn Not. 14; R.O.H.G. Bd. 10, S. 262; Eingehen einer Gelegenheitsgesellschaft R.O.H.G. Bd. 3, S. 142; Bd. 8, S. 47; Bd. 13, S. 312; Arch. S. 18, S. 257; Bd. 25, S. 377.

[36]) R.O.H.G. Bd. 11, S. 368; Berechnung aus d. Ges. Bd. 7, S. 57.

[37]) S. darüber v. Hahn zu Art. 281 § 8, und ausführlich (unter Berücksichtigung der fremden Rechte) Goldschmidt Not. 27. Die Handelsgeschäftseigenschaft ist keineswegs ohne Weiteres mit der des zu deckenden Geschäfts gegeben und ebensowenig lediglich von der Kaufmannseigenschaft des Leisters abhängig. Vgl. R.O.H.G. Bd. 13, S. 108; Bd. 15, S. 388; Z. f. H.R. Bd. 20, S. 584; Arch. Bd. 32, S. 372; Bd. 33, S. 337; Bd. 35, S. 318. — Anerkennungsvertrag s. R.O.H.G. Bd. 17, S. 168; Bd. 18, S. 351; Verzichtleistung das. Bd. 16, S. 351; Uebernahme einer Agentur das. Bd. 23, S. 148.

[38]) R.O.H.G. Bd. 23, S. 143. — Dass die Zahlung ein wahres Vertragsgeschäft ist, s. Endemann H.R. § 124.

[39]) Auch auf Gegenseitigkeit, s. oben § 14, III B.

[40]) Goldschmidt Not. 29. R.O.H.G. Bd. 7, S. 226.

und Nehmen von Wechseln, Beauftragung eines Kommissionärs oder Mäklers, Zahlungsgeschäfte aller Art,[41]) Hingabe zur Bearbeitung[42]) u. s. w. Hervorzuheben ist noch die Uebernahme eines bestehenden Geschäfts,[43]) sammt der dazu etwa nöthigen Auseinandersetzung;[44]) desgleichen Erb-, Sozietätstheilung und Auseinandersetzung; auch Pachtübernahme. Die Uebernahme der Vorräthe kann schon Handelsgeschäft nach Art. 291 Nr. 1 sein.[45]) Auch Erwerb von Patentrechten.[46]) Ueberall sind diese Hülfsgeschäfte Handelsgeschäfte, auch wenn sie nur zur Ausführung solcher Geschäfte dienen, welche der Kaufmann ausserhalb seines gewöhnlichen Geschäftsbetriebs, gelegentlich vornimmt.[47]) Denn auch diese sind nach Art. 272 Abs. 2 Handelsgeschäfte und gehören zu seinem Gewerbebetrieb.[48])

III. **Durch eine Präsumtion, welche Art. 274 aufstellt,**[49]) wird der nach manchen Richtungen hin schwierige Beweis, dass ein Geschäft Handelsgeschäft sei, erspart oder erleichtert. Dieselbe ergänzt zunächst den Art. 273 Abs. 1, bezieht sich aber auch auf Art. 271 und 272.[50]) Sie macht allgemeinhin den Nachweis jeder besonderen Voraussetzung, von der sonst die Handelsgeschäftseigenschaft abhängt, wie den Nachweis der Absicht der Weiterveräusserung nach Art. 271 Nr. 1, oder der Gewerbemässigkeit oder Uebung im Betriebe des Geschäfts nach Art. 272, überflüssig, sofern die Kaufmannseigenschaft zur Zeit des Geschäftsabschlusses feststeht.[51]) Sie gilt für und gegen den Kaufmann.[52]) Die Präsumtion hat eine zweifache Richtung.

A. **Die Verträge, welche ein Kaufmann schliesst, sind** nach Art. 274 Abs. 1 **im Zweifel als zum Betrieb des**[53]) **Handelsgewerbes gehörig anzusehen.** Unter Verträgen sind auch Rechtsgeschäfte wie Geschäftsführung, Zahlung, Tra-

---

[41]) S. die reiche Zusammenstellung bei Goldschmidt Not. 30—39.

[42]) Vgl. oben § 15, I; während die Uebernahme unter Art. 272 Handelsgeschäft ist.

[43]) Goldschmidt Not. 40. Anschütz-Völderndorff Bd. 1, S. 45. — Mithin auch die Fusion von Aktiengesellschaften, welche eine Uebernahme ist. Endemann H.R. § 66, II; Renaud, Recht der Aktienges. S. 805.

[44]) Z. B. bei Auflösung und Uebernahme eines Gesellschaftsgeschäfts. R.O.H.G. Bd. 11, S. 368.

[45]) Goldschmidt Not. 41.

[46]) Goldschmidt Not. 44.

[47]) Goldschmidt Not. 14, 15 und die dort cit. Entsch. des R.O.H.Gerichts.

[48]) Vgl. oben I. a. E. u. II; Transportgeschäfte R.O.H.G. Bd. 17, S. 126. Vermittl. von Grundstücksverkäufen Bd. 16, S. 1, 307; Anstellung von Gehülfen Bd. 17, S. 149.

[49]) Entstehung s. Goldschmidt § 58, Not. 1; v. Hahn zu Art. 274, Not. 4.

[50]) v. Hahn a. a. O. bezieht Art. 274 nur auf Art. 273, mithin nur auf das konkrete Handelsgewerbe. Vgl. oben Not. 7 ff.

[51]) R.O.H.G. Bd. 11, S. 264; Bd. 15, S. 28.

[52]) Anschütz-Völderndorff S. 54, III; Goldschmidt Not. 2 und über dolos. Verleitung zur Unterstellung dieser Eigenschaft Not. 10. — Bei der einmal existent gewordenen Aktien-, Kommanditaktiengesellschaft und Genossenschaft steht die Eigenschaft von selbst fest. Dass Art. 274 auch für die Gewerbefrau gilt, s. R.O.H.G. Bd. 23, S. 400.

[53]) Dass das Wort „das" keinen andern Sinn haben soll, als das im Entw. erster Lesung vorfindliche „seines", weist v. Hahn zu Art. 274, Not. 4 gegenüber R.O.H.G. Bd. 4, S. 51 nach.

dition, Annahme oder Empfang, Offerten u. dergl. zu verstehen;[54]) die Vermuthung tritt ein „im Zweifel“, greift also nicht Platz, wenn sich zweifellos ergibt, dass der Vertrag oder das Rechtsgeschäft nach seiner Natur oder seinem Gegenstande[55]) überhaupt kein Handelsgeschäft sein kann,[56]) oder nicht zum Handelsgewerbebetrieb gehört; wie dies der Fall bei Geschäften, die sichtlich nur auf die Familie, den Haushalt u. dgl. Bezug haben.[57]) Die Vermuthung bringt nichts weiter zu Wege, als die Annahme der Zugehörigkeit zu dem Handelsgewerbe des Kaufmanns. Dabei ist wieder zu berücksichtigen, dass dieses auch nach der Art des Betriebs ungewöhnliche und vereinzelte Geschäfte nach Art. 272 Abs. 2 und Art. 273 umfassen kann. Ihrer rechtlichen Bedeutung nach ist die Vermuthung nur eine einfache, die so lange wirkt, bis sie durch Nachweis, dass nach ausdrücklicher Erklärung oder aus den Umständen erkennbar das Geschäft ausserhalb des Handelsbetriebs abgeschlossen worden sei, zerstört wird.[58]) Förmlicher Gegenbeweis ist nicht erforderlich, da das Gegentheil schon aus den Umständen gefolgert werden kann.[59]) Den Nachweis zu führen, kann nicht blos der Kaufmann, sondern möglicherweise auch der andere Kontrahent, dem eine Erkundigungspflicht angesichts der gesetzlichen Vermuthung nicht obliegt, Veranlassung haben.

B. **Die Schuldscheine, welche ein Kaufmann zeichnet, gelten** nach Art. 274 Abs. 2 **als im Betriebe des Handelsgewerbes gezeichnet, sofern sich nicht aus denselben das Gegentheil ergibt.**[60]) Schuldscheine sind alle Schrifturkunden, öffentliche und private, aus denen das Bestehen einer Schuldverbindlichkeit hervorgeht; einerlei, ob diese eine rein einseitige, oder mit einer Gegenleistung in Wechselwirkung stehende, eine auf einem bestimmt angegebenen Schuldgrund beruhende oder formal-abstrakte, eine primäre oder subsidiäre[61]) ist. Es gehören hieher namentlich Wechsel, Ausstellung, Accept, Giro derselben, Verpflichtungsscheine,[62]) Konnossemente, Lade-, Lagerscheine, Darlehns- und Depositen-

[54]) R.O.H.G. Bd. 2, S. 44. S. über Bürgschaft Bd. 9, S. 173; Anerkennung Bd. 17, S. 169; Gründungsgeschäfte Bd. 20, S. 199; selbst Schenkung nicht unbedingt ausgeschlossen Bd. 16, S. 185; Anwendbarkeit auf die Geschäfte des off. Gesellschafters für die Gesellschaft Bd. 16, S. 380; Bd. 18, S. 227. Anwaltskostenbeitreibung Z. f. H.R. Bd. 20, S. 609. — Zusendung, bzw. An- und Abnahme unter Kaufleuten in Erwartung, dass ein Kaufvertrag zu Stande komme, als Handelsgeschäft s. R.O.H.G. Bd. 10, S. 236. Leihe Bd. 19, S. 352; Zurückforderung aus einem Handelsgeschäft Arch. Bd. 34, S. 312.

[55]) Namentlich weil es Immobilien betrifft; R.O.H.G. Bd. 10, S. 244; Bd. 14, S. 51, s. oben auch Bd. 16, Nr. 77.

[56]) Goldschmidt Not. 4.

[57]) Goldschmidt Not. 5.

[58]) Arch. Bd. 31, S. 295.

[59]) R.O.H.G. Bd. 4, S. 51; Bd. 20, S. 400; jetzt selbstverständlich, da nach der R.Civ.Proz.Ord. förmlicher Gegenbeweis überhaupt nicht mehr existirt, s. Endemann, der d. Civ.Proz. Bd. 2, S. 65, und nach § 259 ders. doch freie Beweisprüfung herrscht. — Vgl. auch Z. f. H.R. Bd. 20, S. 591—593.

[60]) S. über die Entstehung dieses Satzes Goldschmidt Not. 11.

[61]) Goldschmidt Not. 14 b. — Ueber Bürgschaftsschein s. R.O.H.G. Bd. 20, S. 400.

[62]) R.O.H.G. Bd. 8, S. 431; Endemann H.R. § 95, III C. Vgl. R.O.H.G. Bd. 20, S. 402.

scheine u. dgl.; nicht aber Quittungen, so nahe es liegt, sie ebenso zu behandeln.[63]) Unterzeichnung oder Stempelung, die derselben gleichsteht, mit der Firma ist nicht absolut erforderlich; die Vermuthung wird nicht ausgeschlossen, wenn der Schein mit dem bürgerlichen Namen erfolgt ist.[64]) Indessen kann die Nichtbenutzung der Firma als Argument dafür dienen, dass der Schein nicht im Handelsbetrieb gezeichnet wurde.[65]) Umgekehrt ist der Gebrauch der Firma, zumal von Seiten eines Gesellschafters, das gewöhnliche Merkmal, dass für das Geschäft gehandelt worden ist.[66]) Die Wirkung der Präsumtion, die darin besteht, dass der Schuldschein als im Betriebe des Handelsgewerbes[67]) gezeichnet gilt, ist verschieden,[68]) je nach dem, wie es sehr wohl sein kann, und zwar nicht blos bei Inhaber- und Orderpapieren, die Vollziehung der Urkunde den die Schuld begründenden Akt ausmacht, oder nach vorausgegangenem Vertragsschluss des Beweises halber erfolgt. In ersterem Fall bedeutet die Vermuthung, dass das literale Rechtsgeschäft als zu dem Handelsgewerbe gehörig anzusehen ist, und es treten alle Wirkungen ein, die das H.G.Buch[69]) an die Unterzeichnung im Handelsbetriebe eines Kaufmanns knüpft. Im letzteren kann nur die Zugehörigkeit der Urkunde als Beweismittel zum Handelsgewerbe präsumirt werden. Ob das durch sie bewiesene Geschäft ein Handelsgeschäft ist, bleibt nach den sonstigen Regeln, mithin namentlich auch nach Art. 274 Abs. 1, also unter Zulassung eines jeden Nachweises des Gegentheils, der nach der Prozessart statthaft erscheint, zu beurtheilen. Die Folge der Präsumtion für die Urkunde als Beweismittel besteht nur in der Beurtheilung der Beweiskraft nach Handelsrecht, namentlich nach Art. 295.[70]) Allein dieser letztere ist aufgehoben.[71]) Die besondere handelsrechtliche Beweiskraft hat überhaupt nach der Civilprozessordnung keine Bedeutung mehr und damit nach dieser Seite hin die Präsumtion ihren Werth verloren.

Im Interesse der Verkehrssicherheit[72]) wird eine Zerstörung der Präsumtion nur aus dem Inhalte der Urkunde selbst zugelassen. Der Nachweis kann sich insbesondere dahin erstrecken, dass der in der Urkunde bezeichnete Schuldgrund offenbar kein zu dem Handelsgewerbe gehöriger sei.[73]) Sobald dies nicht aus der Urkunde selbst erhellt, gibt es keinen Beweis, dass der Schuldgrund

---

[63]) Goldschmidt Not. 15.

[64]) R.O.H.G. Bd. 2, S. 43; Bd. 3, S. 367; Bd. 9, S. 174; Bd. 10, S. 210; Bd. 14, S. 210, 286; v. Hahn, Not. 12; Goldschmidt Not. 17.

[65]) R.O.H.G. Bd. 8, S. 42; Bd. 14, S. 286.

[66]) R.O.H.G. Bd. 14, S. 211; vgl. Bd. 13, S. 287.

[67]) Ueber diesen Begriff gilt das oben unter A Bemerkte.

[68]) Wie v. Hahn § 5 mit Recht hervorhebt.

[69]) S. Art. 300, 301, 304.

[70]) v. Hahn Not. 7.

[71]) Einf.Ges. zur Civ.Proz.Ord. § 17; Endemann, der d. Civ.Proz. Bd. 3, S. 539.

[72]) Goldschmidt Not. 19.

[73]) Goldschmidt Not. 12; Beispiele s. R.O.H.G. Bd. 2, S. 429; Bd. 4, S. 53; Bd. 12, S. 111; Bd. 14, S. 283; Z. f. H.R. Bd. 20, S. 592 ff. Arch. Bd. 15, S. 161; Bd. 34, S. 314 u. a.

dem Handelsgewerbe fremd sei.[74]) Wenn die Schuldurkunde die Angabe eines Schuldgrundes nicht enthält, so ist für diesen Nachweis kein Raum; die Vermuthung der Handelsmässigkeit schlägt alsdann jedenfalls durch. Ausserdem aber erscheint es immerhin möglich, dass auch bei einem Schuldgrund, der nicht ausserhalb des Handelsgewerbes liegt, unter Umständen aus der Urkunde, z. B. aus der Art der Unterzeichnung[75]), dem Richter die Ueberzeugung begründet werden mag, dass der Schuldschein nicht im Betriebe des Handelsgewerbes gezeichnet worden ist.

§ 17.

c. Geschäfte über Immobilien.

Der natürliche Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen hat, zumal auf den früheren Stufen des Verkehrslebens, zu einer verschiedenen wirthschaftlichen Auffassung und rechtlichen Behandlung dieser beiden Arten von Sachengut geführt.[1]) Demgemäss ist es ein allgemein anerkannter Grundsatz geworden, dass Immobilien nicht Gegenstand des Handelsverkehrs sein, nicht Waare werden sollen.[2]) Obwohl nun die thatsächlichen Erscheinungen der neuesten Zeit an der Richtigkeit und der Erhaltbarkeit desselben billig Zweifel erregen,[3]) schliesst auch das H.G.Buch in Art. 275, hauptsächlich aus Rücksichten der Schonung des mit anderen Staatsinteressen verwachsenen Immobiliarrechtes, die Verträge über Immobilien von dem Begriff der Handelsgeschäfte aus.[4]) Der scheinbar sehr einfache und apodiktische Art. 275 bedarf aber, zumal nach der Auslegung, die er in der Judikatur erfahren hat, mancher Erläuterung und Beschränkung.[5])

I. **Welche Sachen Immobilien sind,** bestimmt sich mangels jeder Definition im H.G.Buch nach dem Civilrecht. So auch namentlich, was zu dem Grund und Boden vermöge organischer oder mechanischer Verbindung als Zubehör und daher für unbeweglich gilt.[6]) Immobilien sind ferner allerlei sog. Realrechte, unter denen je nach dem Civilrecht nicht blos dingliche Rechte, sondern auch Forderungen, sofern sie Reallastskarakter besitzen, gehören.[7]) Forderungen

---

[74]) Goldschmidt Not. 13c und Z. f. H.R. Bd. 9, S. 23.

[75]) R.O.H.G. Bd. 8, S. 41.

[1]) Goldschmidt § 41, Not. 17. Thöl § 35.

[2]) Ueber die fremden Rechte s. Goldschmidt das. Not. 18.

[3]) Endemann H.R. § 1, Not. 7.

[4]) Ueber die Einf.Ges. s. Goldschmidt Not. 18a; über die Entstehung des Art. 275, § 59, Not. 1; Roloff, Arch. Bd. 4, S. 184.

[5]) Eine gute Uebersicht gibt Rebling, Arch. Bd. 31, S. 227 ff.

[6]) v. Hahn zu Art. 275, § 1; Anschütz-Völderndorff zu Art. 275, II. Ueber das Civilrecht s. Goldschmidt § 59, Not. 3—5. Inwiefern Seeschiffe als Immobilien behandelt werden s. Goldschmidt § 60, Not. 8 und § 80, III. Ueber Kuxe s. dens. § 59, Not. 22.

[7]) Ueber mancherlei Verschiedenheiten der deutschen und französ. Rechte s. Goldschmidt § 59, I 2. Thöl § 35, Not. 4, 5. — Ueber das preuss. Recht s. Roloff, a. a. O. S. 189.

sind sonst bewegliche Sachen; auch wenn sie durch Hypothek an Immobilien gesichert sind, insofern die Hypothek nur Accessorium der Forderung erscheint. Anders, wenn das Hypothekenrecht als alleiniger oder Hauptgegenstand in Betracht kommt.[8]) Aktien, Obligationen einer Immobiliarunternehmung sind als solche stets unangesehen des Inhaltes der Forderung oder des Antheilsrechtes Werthpapiere, also Mobilien.[9]) So auch Pfandbriefe.[10]) Als bewegliche Sachen erscheinen ferner Urheber-, Patent-, Muster-, Firmenrechte u. dgl.

II. **Die Bestimmung des Art. 275 ist nur auf solche Verträge zu beziehen, welche unmittelbar Immobilien zum Gegenstand haben.**[11]) Dahin gehören die Geschäfte des Erwerbs oder der Veräusserung des Eigenthums,[12]) der Pfandbestellung oder des Pfandrechtserwerbs, der Einräumung oder des Erwerbs der Benutzung,[13]) sei es zu dinglichem, sei es zu persönlichem Recht, sei es auch, um die unbewegliche Sache selbst, oder sei es um deren Produkte zu veräussern oder namentlich zu einem Gewerbebetrieb zu verwenden.[14]) Alle solche Verträge können weder nach den Art. 271, 272, noch auch nach den Art. 273, 274, deren Anwendung sie gänzlich entzogen sind, Handelsgeschäfte sein.

Mithin ist die Anschaffung von Grund und Boden, von Bauterrain oder von Häusern auch dann nicht Handelsgeschäft, wenn dabei von vorn herein die Spekulationsabsicht, sie im Ganzen oder parzellirt weiter zu veräussern, obwaltet. Gleicherweise ist kein Handelsgeschäft die Veräusserung oder Wiederveräusserung,[15]) die Verpfändung, die eine Art der Veräusserung ist, oder die Begründung von Grundschulden Seitens des Eigenthümers;[16]) sodann die Pacht oder Verpachtung von Grundstücken, Gebäuden, Fabriken, Lagerräumen[17]) u. dgl., wenn auch zum Zweck des Handelsbetriebs.[18]) Ausleihen auf Hypothek kann Handelsgeschäft sein; nemlich wenn die Erlangung der Forderung als die Hauptsache und die Hypothek nur accessorisch zu deren Sicherung bestimmt erscheint,[19]) nicht aber, wenn der Erwerb des Hypothekenrechts der Hauptzweck

---

[8]) Das ist das Entscheidende; vgl. v. Hahn Not. 1. R.O.H.G. Bd. 2, S. 43; Bd. 5, S. 109; Bd. 7, S. 226.

[9]) Endemann H.R. § 83, I; über Aktien insbes. s. auch § 56, Not. 9; Renaud, Recht der Aktienges. § 7.

[10]) Goldschmidt Not. 10 a.

[11]) R.O.H.G. Bd. 10, S. 425; Bd. 12, S. 52; Bd. 16, S. 1, 307. — Roloff, Arch. Bd. 4, S. 184.

[12]) Illation von Immobilien in eine Aktiengesellschaft s. Arch. Bd. 33, S. 306; Bd. 36, S. 55.

[13]) Anschütz-Völderndorff Not. 5; v. Hahn § 3; Rebling S. 233.

[14]) Goldschmidt Not. 22.

[15]) S. über deren Begriff oben § 14, Not. 44. — Ueberlassung eines Antheils an einer Glashütte s. Z. f. H.R. Bd. 20, S. 596.

[16]) Goldschmidt § 59, II.

[17]) Vermiethung von Gastzimmern s. Goldschmidt Not. 13 a. E.

[18]) v. Hahn Not. 4; Goldschmidt Not. 13 mit zahlreichen Nachweisen aus der Praxis. S. auch Z. f. H.R. Bd. 20, S. 594; Arch. Bd. 34, S. 313; Rebling S. 234, Nr. 5.

[19]) Anschütz-Völderndorff Not. 7; Goldschmidt Not. 10 c; R.O.H.G. Bd. 7, S. 226.

ist.[20]) Auch unter dem Titel einer Ausleihung kann es sich wesentlich um Ankauf des immobiliaren Hypothekenrechts handeln und dann liegt kein Handelsgeschäft vor. Andererseits versteht sich von selbst, dass die Cession oder Verpfändung einer hypothekarischen Forderung oder Grundschuld nicht unter Art. 275 fällt.[21]) Von den Handelsgeschäften ausgeschlossen sind weiter die Verträge, durch welche die Ausnutzung, der Abbau u. dgl. von Grundstücken bezweckt wird, mag es auch auf förmlichen Handel mit den gewonnenen Produkten abgesehen sein.[22]) Es erhellt folglich, dass auch derjenige spekulationsweise An- oder Verkauf, oder die Erwerbung oder Vergebung pachtweiser Benutzung oder Ausnutzung von Grundstücken von Seiten einer Gesellschaft oder Vereinigung kein Handelsgeschäft ist,[23]) selbst dann nicht, wenn dergleichen von einer Aktien- oder Kommanditaktiengesellschaft unternommen wird, die unbedingt Handelsgesellschaft ist. Dass auch der Gesellschaftsvertrag darum, weil das Unternehmen Immobilien zum Gegenstand hat, nicht Handelsgeschäft sei, lässt sich nicht behaupten.

Uebernahme von Bearbeitung oder Verarbeitung von Immobilien ist sicher kein Handelsgeschäft.[24]) Ebensowenig der Vertrag über die Herstellung unbeweglicher Bauten,[25]) also von Häusern, Wegen, Kanälen u. dgl. Zwar haben sich darüber in der Praxis mancherlei Zweifel gezeigt, allein Art. 275 will sie ausschliessen.[26])

Die Veräusserung von Produkten der Immobilien, von Feld-, Garten-, Bergbauerzeugnissen u. s. w. gehört nicht hieher. Sie ist nicht deshalb kein Handelsgeschäft, weil sie aus Immobilien kommen, sondern weil überhaupt die Veräusserungen der Produzenten keine Handelsgeschäfte sein sollen.[27]) Dagegen sind auch die bei der Gründung einer Aktiengesellschaft vorkommenden Immobiliengeschäfte nach Art. 275 zu beurtheilen.[28])

---

[20]) Vgl. aber oben Not. 10.

[21]) R.O.H.G. Bd. 2, S. 44; Bd. 3, S. 154; auch nicht das Versprechen für eine Kreditgewährung Hypothek zu bestellen; das. Bd. 5, S. 108.

[22]) R.O.H.G. Bd. 13, S. 385; Keyssner zu Art. 275, Nr. 8. Dahin gehört Erwerb zur Abholzung, zur Ziegelfabrikation, zum Rübenbau u. dgl. Anders, wo nur die, sei es auch noch mit dem Boden verbundenen, Produkte gekauft werden. Arch. Bd. 32, S. 342; s. auch unten III A.

[23]) Rebling S. 233, Nr. 2; S. 234, Nr. 4.

[24]) Goldschmidt Not. 16.

[25]) Bauunternehmung nicht H.Geschäft s. Arch. Bd. 2, S. 153; Bd. 3, S. 361; Bd. 4, S. 365; Bd. 5, S. 343; Bd. 8, S. 397; Bd. 9, S. 134; Bd. 11, S. 329; Bd. 15, S. 400; Bd. 22, S. 47; Bd. 31, S. 215. Anders Anschaffung von Materialien, um sie dem Bauherrn zu veräussern; s. oben § 14, Not. 59 ff. — Vgl. aber auch unten Not. 37.

[26]) S. sehr ausführlich Goldschmidt Not. 17, 18; v. Hahn § 4. Thöl § 35, Not. 4; Rebling S. 235, Nr. 7. Uebernahme einer Pflasterung s. Arch. Bd. 32, S. 271; Bau einer Eisenbahn durch Vereinigung Mehrerer Bd. 34, S. 313.

[27]) S. oben § 14, Not. 10 ff.; R.O.H.G. Bd. 13, S. 385.

[28]) R.O.H.G. Bd. 20, S. 198 ff.

Von der Anschaffung beweglicher Sachen, die in Immobilien verwendet werden, ist bereits in anderem Zusammenhang gehandelt worden. [29])

III. Der **Art. 275 ist nicht anwendbar:**

A. **wenn das Geschäft** die zwar zur Zeit des Abschlusses noch mit dem Grund und Boden verbundenen, aber **abzulösenden Erzeugnisse**, die Früchte auf dem Halm, das Holz des Waldes u. s. w., im Gegensatz zu dem Ankauf oder der Pachtung des Grundstücks oder Waldes, **betrifft.** [30]) Dasselbe gilt von den einzelnen Theilen oder Materialien eines Gebäudes, das abgebrochen wird, [31]) oder der beweglichen Ausbeute eines Bergwerks, einer Grube u. s. w. im Gegensatz der Abschaffung des Gebäudes selbst, des Bergwerks oder der Grube. [32]) Auch die Veräusserung aller solcher beweglich werdenden Erzeugnisse, Pertinenzen oder Bestandtheile von Immobilien kann Handelsgeschäft sein, soweit nicht der Satz entgegensteht, dass die Veräusserungen des Produzenten von dem Begriff ausgeschlossen sind.

B. Es wird ferner anerkannt, dass **nicht deshalb, weil unter anderen beweglichen Vertragsgegenständen sich auch Immobilien befinden**, etwa das Geschäft seine Eigenschaft als Handelsgeschäft verliert; vorausgesetzt, dass nicht die Immobilien als der Hauptgegenstand erscheinen. So bleibt namentlich der Vertrag über die Uebernahme eines Geschäfts auch dann Handelsgeschäft, wenn dazu Grundstücke oder Gebäude gehören. [33])

C. **Viele Geschäfte haben zwar Bezug auf Immobilien, letztere bilden aber nicht deren unmittelbaren Gegenstand**; und deshalb ist ihnen der Karakter des Handelsgeschäfts nicht versagt. [34])

1. **Die Lieferung von Baumaterialien** kann auch dann Handelsgeschäft sein, [35]) wenn sie der Unternehmer des Baues liefert; nemlich da, wo sie nicht blos integrirender Bestandtheil der nicht als Handelsgeschäft geltenden Bauunternehmung, [36]) sondern als selbständiges An- und Verkaufsgeschäft neben der Herstellung des Baues erscheint; [37]) vorausgesetzt, dass der Unternehmer gewerbemässig dergleichen Materialien zur Weiterveräusserung anschafft, also in-

---

[29]) S. oben § 14, Not. 55 ff.

[30]) v. Hahn § 2 a. E. Goldschmidt Not. 25. Keyssner zu Art. 275, Nr. 7; Arch. Bd. 31, S. 42.

[31]) Goldschmidt Not. 27, 28.

[32]) Goldschmidt Not. 26, R.O.H.G. Bd. 21, S. 73.

[33]) Goldschmidt § 57, Not. 42; Thöl § 35, Not 8. R.O.H.G. Bd. 11, S. 150; Bd. 15, S. 102; Bd. 20, S. 200; Z. f. H.R. Bd. 20, S. 596; Arch. Bd. 32, S. 271. Ebenso verhält es sich mit einer Realgerechtsame; R.O.H.G. Bd. 15, Nr. 36.

[34]) Vgl. Arch. Bd. 36, S. 183. — Vgl. Puchelt, Arch. Bd. 8, S. 398; v. Kräwel, Arch. Bd. 40, S. 102 ff.

[35]) Nach Art. 271, Nr. 2, bzw. Art. 273, 274.

[36]) S. oben Not. 25.

[37]) v. Hahn S. 52 a. E. Anschütz-Völderndorff Not. 14; R.O.H.G. Bd. 13, S. 344. Keyssner zu Art. 271, Nr. 6; s. auch Z. f. H.R. Bd. 20, S. 573, 576; Arch. Bd. 32, S. 271; Bd. 36, S. 183. Was Goldschmidts Not. 18a dagegen sagt, hat nur die Bedeutung, dass man unter Umständen erst sorgfältig prüfen muss, ob ein eigenes Geschäft über die Materialien vorliegt.

sofern Kaufmann ist.[38]) Dass die Anschaffung von Baumaterialien von Seiten des Bauunternehmers oder eines Andern Handelsgeschäft ist, wenn die Absicht der Weiterveräusserung obwaltet, ergibt sich schon aus Art. 271 Nr. 1.[39]) Die Bestellung oder Anschaffung von Seiten dessen, der sie nicht weiter veräussern, sondern zum Bau oder sonst in Immobilien[40]) verwenden will, wird Handelsgeschäft nach den Art. 273, 274, wenn derselbe Kaufmann ist.[41]) Keinenfalls benimmt die Absicht des Erwerbers, den Erwerbsgegenstand in Immobilien zu verwenden, der Veräusserung, welche Handelsgeschäft ist, diese Eigenschaft.[42])

2. Die **Vermittlung von Verträgen über Immobilien** durch Agenten, Kommissionäre, Mäkler ist nicht Handelsgeschäft;[43]) eben so wenig die Vereinigung zur Anschaffung oder Ausnutzung von solchen, aus der auch keine Handelsgesellschaft entsteht, da sie keine Handelsgeschäfte betreibt.[44])

3. Die **Uebernahme einer Immobiliarversicherung** oder deren Beschaffung ist unter den Voraussetzungen der Art. 271 Nr. 3 oder 273, 274 Handelsgeschäft, da die Immobilien nicht der unmittelbare Gegenstand des Versicherungsgeschäftes ist.[45])

IV. Wo Art. 275 einschlägt, ist die Wirkung die, dass **alle Rubriken der Handelsgeschäfte in den Art. 271 bis 274 unanwendbar** sind; was freilich für diejenigen, die ohnehin schon ausdrücklich auf den Verkehr mit beweglichen Sachen beschränkt sind, wie Art. 271 Nr. 1, 273 Abs. 2, sich ohnehin versteht. Besonders wichtig ist, dass auch die Präsumtion des Art. 274 alsdann ausser Anwendung bleibt.[46])

Die weitere Folge besteht dann in der Unanwendbarkeit aller Bestimmungen des H.G.Buchs über die Handelsgeschäfte.

§ 18.

3. Die Handelssachen.

I. Der Umfang des Handelsrechts wird durch den Begriff der Handelsgeschäfte nicht erschöpft. Es gibt eine Reihe von Verhältnissen, welche nicht aus Handelsgeschäften entstehen und doch handelsrechtlicher Natur sind.[1])

---

[38]) Goldschmidt Not. 20a erklärt dies für unmöglich. Vgl. Z. f. H.R. Bd. 20, S. 568. — Rebling S. 238, Nr. 8 a. E.

[39]) S. oben § 14, Not. 61 ff.

[40]) Z. B. Gas- und Wasserleitungsröhren, um sie zu legen.

[41]) Rebling S. 240, Nr. 16; Goldschmidt Not. 24; R.O.H.G. Bd. 13, S. 423. — Die Voraussetzung ist bei demjenigen z. B., der ein Gas- oder Wasserwerk betreibt, nicht vorhanden.

[42]) Nicht richtig Arch. Bd. 26, S. 48.

[43]) Rebling S. 235; Arch. Bd. 33, S. 289; vgl. oben § 14, III A u. IV B, bes. Not. 94.

[44]) R.O.H.G. Bd. 23, S. 131.

[45]) Goldschmidt Not. 30; v. Hahn § 5; Anschütz-Völderndorff S. 56. Rebling S. 239, Nr. 13.

[46]) R.O.H.G. Bd. 12, S. 53.

[1]) Vgl. überhaupt v. Hahn zu Art. 1. Endemann § 5, Not. 39 ff.; Maassen Arch. Bd. 2, S. 240 ff. und ausführlichst Goldschmidt § 43a. Hier genügt es auf die Hauptpunkte hinzuweisen.

Eine nähere Definition dieses **materiellrechtlichen Begriffs der Handelssachen**, auf den Art. 1 des H.G.Buchs Bezug nimmt, findet sich in dem Gesetz nicht. Handelssache ist jedes Verhältniss, welches in dem Handelsrecht seine rechtliche Norm hat. Dahin gehört zunächst Alles, was in dem Handelsgesetzbuch selbst seine rechtliche Regelung empfängt; mithin ausser den dort den Gegenstand gesetzlicher Vorschrift bildenden Handelsgeschäften solche Dinge, wie das Gesellschaftsverhältniss, die Prokura, die Annahme und Führung der Firma, Buchführung der Kaufleute, Anmeldung zum Handelsregister u. dgl., oder wie Bürgschaft für eine Handelsschuld, Darlehn eines Kaufmanns, Accept aus Verpflichtungsscheinen und Anweisungen, Veräusserungen von Inhaberpapieren u. s. w.,[2] lauter Vorkommnisse, über die das H.G.Buch Bestimmungen enthält, ohne sie für Handelsgeschäfte zu erklären.[3]

Allein das H.G.Buch enthält keine vollständige Kodifikation des Handelsrechts. Handelssache ist auch jedes Privatrechtsverhältniss, das nach sonst noch, ausser dem H.G.Buch, existirendem Handelsrecht zu erledigen oder zu beurtheilen ist. So wiederum sowohl Handelsgeschäfte, welche, wie die Versicherung mit Ausnahme der Seeversicherung, das Verlagsgeschäft u. a., in dem H.G.Buch keine Normirung erfahren haben, als auch andere Sachen, die nicht Handelsgeschäfte sind. Ausweislich des Art. 1 ist namentlich auch das Handelssache, was nach Handelsgebrauch zu beurtheilen ist.

Indessen erscheint überhaupt die Anwendbarkeit des Handelsrechts nicht als sicheres Kennzeichen. In Handelssachen kann nach Art. 1 auch das allgemeine bürgerliche Recht zur Anwendung kommen. Lässt sich daher der Begriff der Handelssache von der Wirkung her, die er auf die Rechtsanwendung äussert, nicht feststellen, wird vielmehr der Begriff vorausgesetzt, um daran die in Art. 1 bezeichnete Wirkung anzuknüpfen, so bleibt nichts übrig, als unter Handelssachen alle Privatrechtsverhältnisse[4] zu verstehen, die dem Handel angehören. Ist aber sonach auf den Begriff des Handels und der Handelsmässigkeit zurückzugreifen, dessen genaue rechtliche Abgrenzung mehr als schwierig erscheint, so ergibt sich von selbst, dass an eine kasuistische Aufzählung der Handelssachen in materiellrechtlichem Sinn nicht gedacht werden kann.[5]

Einige Einführungsgesetze[6] führen beispielsweise gewisse Arten von Handelssachen an. Eine bestimmte Aufzählung liefert das Preussische Einf.-Gesetz Art. 2,[7] an das sich die Anhaltischen anschliessen. Handelssachen sind darnach die Rechtsangelegenheiten, welche eines der folgenden Privatrechtsverhältnisse zum Gegenstande haben:[8] 1) die Rechtsverhältnisse aus Handelsgeschäften

[2]) H.G.B. Art. 281, 292, 300, 301, 302, 307.

[3]) Goldschmidt Not. 20.

[4]) Denn nur mit diesen hat man es hier zu thun. Goldschmidt Not. 5.

[5]) v. Hahn zu Art. 1, § 4.

[6]) So Würtemberg und Mecklenburg; sowie auch nach der von Lutz bezeugten Absicht Bayern; s. v. Hahn § 5.

[7]) S. auch Einf.V.O. vom 5. Juli 1867 für Schleswig-Holstein § 2 u. Einf.-Ges. für Lauenburg vom 21. Okt. 1868 § 2.

[8]) S. über das Folgende v. Hahn § 6.

(Art. 271—273) zwischen den Betheiligten, wozu auch die gesetzlichen Pfand- und Retentionsrechte, die vertragsmässig behufs Sicherung begründeter Rechtsverhältnisse aber nur, soweit Art. 273 einschlägt, die Bürgschaft, endlich, insofern Art. 281 Abs. 2 zur Anwendung kommt, gehören; 2) die Rechtsverhältnisse zwischen den Mitgliedern einer Handelsgesellschaft, [9]) auch der stillen und der Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften nach Art. 266 oder zum Handelsbetrieb nach Art. 10, sowohl während des Bestehens, als nach der Auflösung des gesellschaftlichen Verhältnisses, und das Rechtsverhältniss zwischen den Liquidatoren oder den Vorstehern und der Gesellschaft oder deren Mitgliedern. Unter diese Rubrik sind auch die Rechtsverhältnisse der Errichtung, zumal bei Aktien- und Kommanditaktiengesellschaften, zu rechnen; ferner die Rechte und Verbindlichkeiten des Aufsichtsraths, auch gegen Dritte, die Ausgabe der Aktien, Handeln für die Gesellschaft vor erfolgter Eintragung u. s. w. 3) Das Rechtsverhältniss aus dem Firmenrecht einschliesslich der Rechte wider unbefugten Gebrauch der Firma nach Art. 87. 4) Das Rechtsverhältniss aus Veräusserung eines bestehenden Handelsgeschäfts unter den Kontrahenten, einerlei ob die Veräusserung selbst Handelsgeschäft ist oder zugleich Immobilien betrifft. 5) Das Rechtsverhältniss zwischen dem Prokuristen, Handlungsbevollmächtigten oder Handlungsgehülfen und dem Prinzipal, sowie zwischen einem Dritten und den ersteren aus deren Haftbarkeit nach Art. 55. [10]) 6) Das Rechtsverhältniss aus den Berufsgeschäften des Handelsmäklers, nicht des Privatmäklers, zwischen ihm und den Parteien. Neben dem Handelsmäkler nennen manche Einf.-Gesetze noch Güterbestätter, Wäger, Messer und andere Personen, welche die Menge oder Güte der Waaren oder deren Verpackung für den Handelsverkehr öffentlich zu beglaubigen haben; ebenso Dispacheure. [11]) 7) Die Rechtsverhältnisse des Seerechts, [12]) insbesondere die auf Rhederei, die Rechte und Pflichten des Rheders, des Korrespondentrheders und der Schiffsbesatzung, auf die Bodmerei und Haverei, Schadenersatz aus Zusammenstoss, Bergung und Hülfeleistung, sowie auf die Ansprüche der Schiffsgläubiger bezüglichen. [13])

Das Würtembergische E.G. Art. 3 Nr. 7 erwähnt nach Hinterlegung und Veräusserung von beweglichen Sachen oder Werthpapieren kraft einer besonderen, nach dem H.G.Buch begründeten Befugniss oder Verpflichtung und das Bayerische

---

[9]) Der offenen, der Kommandit-, der Aktienkommandit- und der Aktiengesellschaft, letztere beide in dem erweiterten Begriff nach dem Gesetz vom 11. Juni 1870. Die eingetragene Genossenschaft gehört nicht hieher, da sie zwar Kaufmann, aber nicht Handelsgesellschaft ist; s. Ges. v. 4. Juli 1868, § 11.

[10]) Das Bayer. E.G. Nr. 4 erweitert die Rubrik auf alle in dem Gewerbe angestellte Beamte und Bedienstete; das Oesterr. nimmt nur das Gesinde aus. Bayer. E.G. Nr. 4 u. Würtemb. Nr. 5 dehnen objektiv den Schluss aus auf Handlungen, durch welche sich zwei Personen im Gewerbe des Prinzipals Dritten verantwortlich machen.

[11]) So Bayern, Oesterreich, Gotha, Würtemberg.

[12]) S. dazu Endemann, das deutsche Civilprozessrecht Bd. 1, S. 110.

[13]) Das Bayer. E.G. erweitert dies auf die Rechtsverhältnisse aus dem Verkehr zu Land oder auf Binnengewässern zwischen dem Frachtführer, Absender, Empfänger und anderen Betheiligten.

die Veräusserung solcher Dinge, die nach dem H.G.Buch ohne Klaganstellung auf einseitigen Antrag vom Gericht verfügt wird.[14])

II. Schon diese materiellrechtlichen Bestimmungen der Einführungsgesetze haben mindestens **zugleich den Zweck, als Grundlage für die Kompetenz der Handelsgerichte** zu dienen. Eine grössere Zahl anderer Einführungsgesetze[15]) verfolgt den letzteren Zweck ausschliesslich. Wenn besondere Handelsgerichte bestehen, wird es nothwendig, die vor dieselben gehörigen Sachen zu bezeichnen. Es gibt daher einen **prozessrechtlichen Begriff der Handelssachen.** Demgemäss führte auch das Bundesgesetz vom 21. Juni 1869 betreffend die Errichtung des Reichsoberhandelsgerichts in seinem § 13,[16]) anschliessend an das Preussische Einführungsgesetz zum H.G.Buch Art. 2 und 47, diejenigen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten auf, für welche in letzter Instanz jener Gerichtshof zuständig sein sollte.[17])

Auf die betreffenden Bestimmungen ist jetzt nicht mehr zurückzugehen. Nach dem Gerichtsverfassungsgesetz vom 27. Januar 1877 sind zwar keine besondern Handelsgerichte eingesetzt worden, wohl aber ist den Landesjustizverwaltungen anheimgestellt, je nach Bedürfniss bei den Landgerichten, sei es an deren Sitz, oder auch ausserhalb derselben detachirt, als erste Instanz für solche Sachen, die nach § 70 des Gesetzes überhaupt zur landgerichtlichen Zuständigkeit und zu den im Folgenden aufzuzählenden Rubriken der Handelssachen zählen, eigene Kammern der Landgerichte für Handelssachen einzurichten. Eine ähnliche Trennung der Handelssachen findet innerhalb der Zuständigkeit der Amtsgerichte nicht statt.

Die Handelssachen, welche zur Zuständigkeit der gedachten Landgerichtskammern gehören, werden in § 101 des G.V.Gesetzes aufgeführt.[18])

Handelssachen sind darnach die bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, in denen durch die Klage[19]) ein vermögensrechtlicher Anspruch geltend gemacht wird

1. gegen einen Beklagten, der im Sinne des H.G.Buchs, gleichviel ob der Kläger Kaufmann ist, als Kaufmann erscheint, und zwar aus einem Geschäft, das für beide Kontrahenten Handelsgeschäft im Sinne des H.G.Buchs ist. Aus einem nur einseitigen Handelsgeschäft kann also nicht bei der Kammer für Handelssachen geklagt werden. In subjektiver Beziehung ist nicht die Kaufmannseigenschaft des Beklagten als Kontrahenten zur Zeit des Abschlusses des Rechtsgeschäfts, sondern lediglich seine Kaufmannseigenschaft zur Zeit der Klagerhebung massgebend.

---

[14]) Ueber andere Punkte, deren Aufnahme noch angezeigt wäre, s. v. Hahn Not. 21.

[15]) Zusammengestellt bei v. Hahn § 10.

[16]) S. zur Erläuterung dess. Endemann Arch. Bd. 17, S. 89 ff.; Goldschmidt § 20, Not. 21 ff.

[17]) Ueber die ferneren Erweiterungen der Zuständigkeit des R.O.H.Gerichts s. Endemann, H.R. § 5, Not. 52, 53; dazu weiter die R.Ges. vom 9. Januar 1876, § 16; vom 10. Januar 1876, § 9; vom 11. Januar 1876, § 14; vom 25. Mai 1877, §§ 32, 37.

[18]) S. dazu Endemann, das deutsche Civ.-Proz.-Recht Bd. 1, S. 103 ff.

[19]) Deren Beschaffenheit entscheidet allein.

2. Ferner die Klagen aus einem Wechsel im Sinne der D. W.O.[20]) nicht aus anderen wechselähnlichen oder Ordrepapieren. Auf die persönliche Eigenschaft des Klägers oder des Beklagten kommt nichts an.

3. Sodann die Klagen aus denjenigen Rechtsverhältnissen, welche das Preussische Einführungsgesetz Art. 2 unter Nr. 2—7 aufführte.[21]) Eingeschoben sind jedoch unter Nr. 3 c die Klagen aus den Rechtsverhältnissen, die sich auf den Schutz der Marken nach dem R.Ges. vom 30. November 1874 und der Muster und Modelle nach dem R.Ges. vom 11. Januar 1876 beziehen.[22])

Die Kompetenzbestimmung des § 101 bezieht sich nur auf die bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, welche als Handelssachen gelten sollen. Wo eine Landgerichtskammer für Handelssachen auf Grund des G.V.Gesetzes § 100 eingerichtet ist, erscheint sie in ihrem Sprengel für Handelsprozesse als Handelsgericht im Sinne des H.G.Buchs.[23]) Wo eine derartige Kammer fehlt, tritt die Civilkammer des Landgerichts an die Stelle der ersteren. Aber auch nur für die streitige Civilrechtspflege innerhalb der erstinstanzlichen landgerichtlichen Zuständigkeit. In der Berufungs- oder Beschwerdeinstanz existirt keine Trennung. Auch in Handelskammersachen geht das Rechtsmittel lediglich an die Civilkammer des Berufungsgerichts und die Kammer des Landgerichts für Handelssachen ist niemals Berufungs- oder Beschwerdegericht. Auch besteht bei dem Reichsgericht keine besondere Kammer für die Revisionen in Handelssachen. Indessen ist doch bei den Revisionen nach einer Richtung zu trennen. Wenn, was thatsächlich nur in Bayern geschehen, eine Landesregierung zur Verhandlung und Entscheidung der Revisionen ein oberstes Landesgericht bestimmt, so muss sie dennoch die Revisionen in den Sachen, welche seither zur Zuständigkeit des Reichsoberhandelsgerichts gehörten oder durch besondere Gesetze dem Reichsgericht überwiesen werden, diesem überlassen.[24]) Dies sind jedenfalls die Sachen, welche in erster Instanz vor die Handelssachenkammer des Landgerichts gehören; aber auch noch einige andere.[25])

Da es im Uebrigen keine Handelsgerichte mehr gibt, so ist, wo das H.G.Buch sonst vom Handelsgericht redet, namentlich für Akte, die nicht zu dem Prozessverfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten gehören, ebenso wie für Prozesse, die nach § 70 den Amtsgerichten zufallen, nunmehr durchweg blos noch von dem „gewöhnlichen Gericht“ zu reden. Welchen Gerichten insbesondere die Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Führung des Handelsregisters u. s. w. zugewiesen ist, bestimmt dem Einführungsgesetz § 4 zum G.V.Gesetz zufolge das Landesrecht. Die Landesgesetzgebung kann dazu also ebensogut die Handelssachenkammern wie die Civilkammern der Landgerichte benutzen, oder auch

[20]) Vgl. W.O. Art. 81—83.

[21]) S. die wörtlich in das G.V.Ges. § 101, Nr. 3 aufgenommenen Rubriken oben Not. 9—13.

[22]) Ueber die prozessualische Behandlung der Kompetenz zwischen der Civil- und der Kammer für Handelssachen vgl. G.V.Ges. §§ 102—108.

[23]) Vgl. H.G.B. Art. 3.

[24]) In Gemässheit des Einf.-Ges. zum G.V.Ges. § 8.

[25]) Endemann, a. a. O. Bd. 1, S. 204.

die Amtsgerichte. Nur für einige Geschäfte,[26]) nemlich für die Feststellung des Zustandes gekaufter Waaren, des Kommissions- oder Frachtgutes und den Verkauf derselben besteht eine Beschränkung, indem diese Angelegenheiten ausdrücklich den Amtsgerichten zugewiesen sind.[27])

Was endlich das Schiedsgerichtsverfahren betrifft, in dem handelsrechtliche Streitigkeiten nicht ungern und nicht selten erledigt werden, so hat dasselbe eine umfassendere Regelung erfahren.[28]) Dieselbe greift da Platz, wo dem Schiedsspruch die Wirkung der Rechtskraft und der Vollstreckbarkeit gesichert werden soll.[29]) Insoweit existirt eine bestimmte gesetzliche Grundlage für die Einsetzung und das Verfahren der Schiedsgerichte und es wird mithin im Umfang der betreffenden Vorschriften das Zurückgehen auf die Regeln, welche seither mangels einer solchen Grundlage die Praxis hat nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen oder partikularen Bestimmungen finden müssen,[30]) erspart. Indessen schliesst das zehnte Buch der Civilprozessordnung nicht aus, dass ein Schiedsvertrag nach anderweiter Vereinbarung abgeschlossen und ein anderes Verfahren der Einsetzung des Schiedsgerichts und der Verhandlung vor demselben beliebt wird; und insoweit können noch immer die seitherigen Sätze der Praxis bedeutsam erscheinen.

---

[26]) Nach dem H.G.B. Art. 348, 365, 407.

[27]) Einf.Ges. zur C.P.O. § 13, Abs. 3.

[28]) R.C.P.O. §§ 851—872.

[29]) Endemann, Komm. zur C.P.O. Bd. 3, S. 446.

[30]) Eine Zusammenstellung aus der Judikatur des R.O.H.Gerichts s. bei Keyssner, allg. D. H.G.Buch zu Art. 3, S. 11 u. dazu noch R.O.H.G. Bd. 19, S. 143, 220; Bd. 20, S. 422.

IV. Der Karakter des Handelsrechts und die Methode seiner Anwendung.

§ 19.

Von dem Inhalte und der Beschaffenheit des Handelsgesetzbuchs war bereits in § 8 die Rede. Hier ist noch der Karakter des gesammten Handelsrechts zu berühren, der zugleich für die Würdigung seiner von dem übrigen Civilrecht getrennten Stellung wichtig wird.

Das Handelsrecht muss, wenn es seine Aufgabe erfüllen soll, vor allen Dingen den realen Zuständen und Bedürfnissen des Handels entsprechen. Dass seine Sonderexistenz wesentlich auf der Unzulänglichkeit des sonstigen bürgerlichen Rechts gegenüber den neuen und eigenthümlichen Instituten des Handelsverkehrs beruht, wurde schon in anderem Zusammenhang erwähnt. Ausser diesem Bedürfniss der Ergänzung aber hat sich gerade im Handelsverkehr nicht blos für die gerichtliche, sondern auch für die aussergerichtliche Handhabung namentlich das Bedürfniss eines sicheren und einfachen Rechtszustandes am meisten geltend gemacht. Ein solcher Rechtszustand ist das Fundament des Kredits und der Kredit, der in der Zuverlässigkeit des Rechts und der Verwirklichung desselben seinen Rückhalt haben muss, der Hauptträger des heutigen Verkehrs. Ob überall das Handelsrecht der Gegenwart dieses Ideal erfüllt, ist hier nicht zu untersuchen. Soviel darf jedoch behauptet werden, dass es in seiner jetzigen Gestaltung immerhin, was die Anpassung an die Wirklichkeit, die Durchsichtigkeit und Festigkeit seiner Vorschriften anbetrifft, mehr leistet, als das übrige Civilrecht; zumal, wenn die Wissenschaft ihre Schuldigkeit thut, und ernstlich bemüht ist, das Ziel wohlthätigen Einklangs zwischen dem Recht und dem Leben festzuhalten. Dieser Strömung des Handelsverkehrs ist es zu verdanken, dass, worin ihm freilich zum Theil auch das übrige Civilrecht nachgefolgt ist, die Sicherheit störende Rechtssätze, besonders des späteren römischen Rechts, beseitigt worden sind.[1])

---

[1]) Z. B. exc. non numeratae pecuniae, Einrede der Behandlung und Vorausklage. lex Anastasiana u. s. w. S. über die Behandlung verschiedener Einreden in der früheren Zeit Endemann Z. f. HR. Bd. 5, S. 377 ff.; über die exc. n. n. pec. S. 394 ff.

Der Handelsverkehr verlangt ferner, dass ihm die freieste Bewegung verstattet sei, dass also das Gesetz mit verbietenden oder beschränkenden Vorschriften nur da eingreife, wo dies durchaus nothwendig ist. Das moderne Handelsrecht hat daher nicht blos administrative und polizeiliche Maassregeln, deren früher manche, z. B. in Betreff der Buchführung, des Firmenwesens u. a. bestanden, abgestossen, sondern auch solcher Sätze des Civilrechts, die als Beschränkungen der Verkehrsfreiheit, z. B. der freien Festsetzung von Leistung und Gegenleistung, Preis und Waare, erschienen, sich entledigt. In dieser Stimmung sind gerade in dem Handelsrecht zuerst die auf dem mittelalterlichen Verkehrsrecht schwer lastenden Rechtssätze der kanonischen Wucherlehre gelockert und grösstentheils abgeschüttelt worden.

Mit dem Prinzip, dass der Bethätigung des freien Willens vollster Raum zu lassen sei, steht nicht im Widerspruch die Vorliebe des Handelsrechts für Strenge der Rechtsgrundsätze und Strenge der Form vieler Rechtsakte. In dieser Strenge, in der strikten und formellen Gestaltung einer ganzen Reihe von Instituten liegt kein die freie Bewegung im Handelsverkehr hindernder Zwang, weil die bestimmte Form und die daraus fliessende Wirkung nicht als absolute Norm aufgedrungen, sondern nur zur Verfügung gestellt wird. Ebendarum kann in der Ergreifung derselben das sichere Kennzeichen der Willensernstlichkeit erkannt und daran die Selbstverantwortung geknüpft werden. Wer im Gebiete des Handelsverkehrs und in den Formen des Handelsrechts auftritt, muss sich den rechtlichen Folgen derselben fügen. Aus diesem Leitgedanken entspringen denn auch die zahlreichen dispositiven Vorschriften, die sich im H.G.Buch vorfinden.[2]) Die Freiheit des Verkehrs beruht nicht auf schrankenloser Willkühr, welche die Sicherheit des Verkehrs zerstören würde. Vielmehr beruht die wahre Freiheit desselben auf den bestimmten Formen, den ausdrücklichen Willensäusserungen, oder den an deren Stelle tretenden Rechtsregeln und dem vollen Bewusstsein der Wirkungen, welche das Gesetz den so vorgenommenen Handlungen beimisst.

Ganz analog verhält es sich mit der Anwendung des Handelsrechts bei Beurtheilung von Rechtsverhältnissen des Handelsverkehrs. Die Billigkeit, aequitas, welche stets hierbei als ein Haupterforderniss dargestellt worden ist,[3]) besteht nicht darin, dass die bestehenden Rechtsnormen lax angewendet oder überschritten werden. Unter solcher Billigkeit würde wieder die Verkehrssicherheit den schlimmsten Abbruch erleiden. Vielmehr ist, soweit nicht das Gesetz selbst auf freies Ermessen verweist,[4]) das bestehende Recht, das Gesetz oder die Gewohnheit unbedingt zur Anwendung zu bringen. Aber in der Erkenntniss der Rechtsnormen, insbesondere des Gesetzes, soll nicht der starre Wortlaut, nicht spitzfindige Auslegung und bei seiner Verwerthung nicht dialektisch-schematistische Folgerung herrschen, sondern die Erfassung des Gesetzes nach seinem wahren Willen, die

[2]) S. über diese oben § 8, Nr. 3.
[3]) Endemann, Z. f. H.R. Bd. 5, S. 362; Goldschmidt § 34 Not. 11.
[4]) Zahlreiche Beispiele dafür aus dem H.G.Buch s. bei Goldschmidt Not. 12.

nur aus freier logischer Durchdringung[5]) verbunden mit sorgfältiger Beobachtung der im Handelsverkehr herrschenden Auffassung hervorgehen kann. Das ist die echte Aequität der Anwendung des Rechts im Gegensatz zu der stets misbilligten Anwendung desselben nach formaler Wortklauberei.

Daraus ergibt sich weiter, wie zu verfahren ist, wenn das bestehende Recht, namentlich das geschriebene, Lücken zeigt. Sie sind zu ergänzen einmal aus den leitenden Prinzipien, welche aus dem Gesetz, also insbesondere aus dem H.G.Buch, das ja keineswegs nur eine Summe von Einzelnenschriften, sondern eine umfassende Kodifikation enthält, entnommen werden müssen.[6]) Sie sind ferner zu ergänzen aus den allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen Rechts; aber wiederum nicht nach abstrakten Theorien und schematistischen Folgerungen, sondern unter derselben sorgfältigen Berücksichtigung der Natur der Sache,[7]) der realen Verhältnisse, welche auch bei der Erklärung des geschriebenen Gesetzes nie verleugnet werden darf.

Die Beurtheilung besteht in der Subsumtion der Thatsachen unter den Rechtssatz. Bedarf es sonach der Erkenntniss der Thatsachen, so ist es wichtig, dass diese nicht nach abstrakten Regeln vor sich geht, sondern nach freier logischer Ueberzeugung. Diesen von dem Handelsverkehr viel begehrten, früher aber von der Gesetzgebung und der Doktrin nur theilweise anerkannten Grundsatz[8]) gewährt jetzt die Civilprozessordnung §§ 259, 260 fast vollständig. Da sonach die Wahrheitsfindung von besonderen legalen Regeln befreit erscheint, vermag sie umsomehr ihrer Aufgabe, der Erkenntniss der wirklichen Thatsachen, gerecht zu werden. Nur die konkrete Erkenntniss der Thatsachen kann als Grundlage einer gerechten Beurtheilung dienen. Dies gilt insbesondere auch für die Erforschung des Willens bei Verträgen, wo solche nöthig wird und nicht etwa durch dispositive Gesetzesvorschrift erspart ist. Sie kann nur auf Erforschung des wahren, das ist: des konkreten Willens der Kontrahenten gerichtet sein. Ausdrücklich weist das Gesetz[9]) darauf hin, dass dabei ebensowenig wie bei Auslegung der Gesetze der Buchstabe massgebend sein darf, sondern innerhalb des Wortsinnes der wahre Wille beider Theile, bei dessen Feststellung auf die Gewohnheiten und Gebräuche[10]) des Handelsverkehrs gebührende Rücksicht zu nehmen ist.[11]) Dazu gehören auch diejenigen allgemeinen Momente, auf die oben zur Karakteristik des Handelsrechts hingewiesen worden ist: die Unterstellung der Ernstlichkeit und Verantwortlichkeit der Willensäusserungen. Hierin besteht wesentlich die bona fides, Treu und Glauben, die in dem Verkehr selbst und in der Anwendung des Rechts gewahrt werden soll und worauf von jeher grosses Gewicht gelegt worden ist. Der wahre Wille des Gesetzes und der Be-

---

[5]) S. auch darüber Endemann a. a. O.

[6]) v. Hahn zu Art. 1, § 11.

[7]) Vgl. Thöl § 15, Nr. 2.

[8]) Endemann a. a. O. S. 364 ff. u. 383 ff.

[9]) H.G.Buch Art. 278, 279.

[10]) S. über deren Bedeutung oben § 10.

[11]) Vgl. Goldschmidt § 34, Not. 13.

theiligten ist massgebend und jeder Zweifel muss in dem Sinn seine Lösung erhalten, welcher der Auffassung und Sitte [12]) des Verkehrs redlicher Männer entspricht. [13])

Um dies im Gericht zu ermöglichen, bedarf es freilich eines Verfahrens, welches Garantie leistet, dass nicht die materielle Wahrheit und das materielle Recht durch den Formalismus der Prozedurordnung erstickt wird. [14])

---

[12]) Vgl. auch Endemann a. a. O. S. 350.

[13]) Das bezeugt als leitenden Gedanken des R.O.H.Gerichts Goldschmidt Not. 14 unter Anführung einer grossen Reihe von Entscheidungen; s. dazu weiter R.O.H.G. Bd. 13, S. 44; Bd. 14, S. 11, 416, 430; Bd. 16, S. 158; Bd. 17, S. 65. 118. 224. 353. — Mit Recht wird im Anschluss an Thöl § 15, Nr. 1 hervorgehoben, dass dieses Prinzip der bona fides nicht als Quelle von Rechtssätzen betrachtet werden kann, sondern nur für die Anwendung des Rechts wichtig wird.

[14]) Ueber die Abweichungen, die sich hieraus im Vergleich zu dem sonstigen Prozessrecht für die curia mercatorum im Einzelnen ergaben, s. Endemann a. a. O. S. 369, § 5 ff. Darum auch später noch manche Erleichterungen des Handelsgerichtsprozesses. Jetzt hält man nach der C.P.O. vom 30. Januar 1877 besondere Vorschriften für den Prozess vor den Landgerichtskammern für Handelssachen überflüssig.

V. Verhältniss des Handelsrechts zu dem bürgerlichen Recht.

§ 20.

Nach der historischen Entwicklung [1]) hat sich das Handelsrecht von dem übrigen bürgerlichen oder Civilrecht abgesondert. Beruhend theils auf positiven Gesetzen, theils auf Handelsgebräuchen [2]) kommt es als besonderes Recht [3]) in Handelssachen [4]) zur Anwendung; und zwar, eben weil als besonderes Recht für solche bestimmt, an erster Stelle. Aber das Handelsrecht steht, wenn es auch ein besonderes ist, auf der Basis des allgemeinen Civilrechts und macht, da es kein vollständig alle Rechtsbeziehungen des Handels erschöpfendes ist, die Mitanwendung des letzteren auch in Handelssachen unentbehrlich.

Das Verhältniss des Handelsrechts zu dem sonstigen bürgerlichen Recht wird durch Art. 1 des H.G.Buchs fixirt. [5]) In Handelssachen sollen, insoweit das H.G.Buch keine Bestimmungen enthält, die Handelsgebräuche [6]) und in deren Ermangelung das allgemeine bürgerliche Recht zur Anwendung kommen.

Hiernach ist, soweit Handelsrecht, sei es geschriebenes [7]), ungeschriebenes oder wissenschaftliches, [8]) sei es gemeines oder partikulares, existirt, die Anwendung des bürgerlichen Rechts, gleichviel welcher Art, ausgeschlossen. Um den Umfang des in Handelssachen zunächst als Norm dienenden Handelsrechts zu ermessen, muss insbesondere auch die Möglichkeit der Analogie berücksichtigt

[1]) S. darüber oben § 4.

[2]) Vgl. über deren Verhältniss zu einander § 10.

[3]) Aber nicht als Ausnahmerecht; Anschütz-Völderndorff zu Art. 1, Nr. 2; Goldschmidt § 37, Not 1 a.

[4]) S. über deren Begriff § 18, I.

[5]) In Uebereinstimmung mit der Doktrin, s. Goldschmidt Not. 9. Bis auf wenige Ausnahmen, wie Holl. H.G.B. Art. 1, Brasil. Art. 21, fassen auch die fremden H.G.Bücher das Verhältniss ebenso auf; Nachweise s. das. Not. 10.

[6]) In der oben § 10 unter I dargestellten Bedeutung des Handelsgewohnheitsrechtes.

[7]) Des H.G.Buchs oder auch anderer Gesetze des Reichs oder der Einzelstaaten, welche zum Handelsrecht gehören.

[8]) Anschütz-Völderndorff zu Art. 1, Not. 9, 46; v. Hahn zu Art. 1, § 11.

werden. In dem Handelsrecht als Sonderrecht gebührt der Analogie dieselbe Stellung, wie in dem übrigen Recht. Soweit das Handelsrecht Sätze aufstellt, die ihrem Wesen nach als ausnahmsweise oder spezielles gelten sollen, greift eine analoge Anwendung nicht Platz. Allein wenn die Sätze des Handelsrechts erkennbar nur einzelne Folgerungen eines allgemeineren Rechtsgrundsatzes sind, der dem Handelsrecht angehört, steht der analogen Anwendung innerhalb des Handelsrechts gewiss nichts entgegen. Das Handelsrecht und insbesondere das H.G.Buch, die Hauptquelle desselben ist in seiner Totalität aufzufassen. Dazu gehören auch die durch Interpretation und Erfassung der Grundgedanken gefundenen Rechtssätze.[9]) Ob freilich gewisse Bestimmungen den Karakter von Ausnahmevorschriften haben, oder als besondere Grundsätze des Handelsrechtsverkehrs sich zu analoger Anwendung eignen, bedarf in manchen Fällen genauer Untersuchung.[10])

Zum Handelsrecht gehören auch diejenigen Sätze des H.G.Buchs, welche dem bürgerlichen Recht entnommen sind.[11]) Einmal formell oder materiell zum Bestandtheil des Handelsrechts gemacht, nehmen sie dieselbe Stellung dem übrigen bürgerlichen Recht gegenüber ein wie die ihrem Wesen nach auf der Eigenthümlichkeit des Handelsverkehrs beruhenden.[12])

Unter dem allgemeinen bürgerlichen Recht, von dem Art. 1 spricht, ist das gesammte nicht zu dem Handelsrecht gehörige, auf Privatrechtsverhältnisse bezügliche Recht zu verstehen; sowohl das formell allgemeingültige Reichsrecht, oder das sogenannte gemeine[13]), als auch das partikulare, provinzielle oder lokale bürgerliche Recht.[14]) Auch ist kein Unterschied zu machen, aus welcher Quelle das bürgerliche Recht stammt, ob aus positiver Vorschrift, Gesetz oder Verordnung, Gewohnheit oder wissenschaftlicher Konstruktion; wie denn nicht minder der an manchen Stellen im H.G.Buch vorkommende Ausdruck, „Landesgesetze" in demselben umfassenden Sinn[15]) genommen zu werden verdient.[16]) Endlich kommt darauf nichts an, in welchen Gesetzen das bürgerliche Recht enthalten ist. Namentlich kann solches auch in Prozessgesetzen enthalten sein.

Früheres Civilrecht der Einzelstaaten, das dem H.G.Buch widerspräche, existirt nur insoweit noch, als dies nach dem Reichsgesetz vom 5. Juni 1869, namentlich nach dessen § 3, zulässig erscheint.[17]) Neues widersprechendes Landesrecht kann sich nach Art. 2 der Reichsverfassung dem H.G.Buch oder

---

[9]) v. Hahn zu Art. 1, § 11.

[10]) Beispiele s. bei Goldschmidt Not. 12a. — Uebereinstimmend das französ. Recht s. das. Not. 12.

[11]) Vgl. oben § 8, Not. 21.

[12]) Goldschmidt § 37, Nr. 4.

[13]) S. über die Bedeutung des römischen Rechts die Polemik Thöl's § 16 gegen Goldschmidt Not. 11, die keineswegs überzeugt. Auf den rein doktrinellen Streit einzugehen, erscheint nicht nöthig.

[14]) Anschütz-Völderndorff zu Art. 1, Nr. 5; v. Hahn zu Art. 1, § 14.

[15]) S. auch Einf.Ges. zur C.P.O. § 12 u. Kais. V.O. vom 28. Sept. 1879, § 13.

[16]) v. Hahn § 15; Goldschmidt Not. 10 z. A.; s. auch das. § 33 nach Not. 27.

[17]) S. darüber oben § 7, S. 32.

anderen Reichsgesetzen des Handelsrechts gegenüber nicht mehr bilden. Diese gegen jede Einwirkung des Landesrechts gesicherte Stellung haben auch diejenigen Sätze des H.G.Buchs, in denen nur modifizirt oder vielleicht sogar unverändert Sätze des allgemeinen bürgerlichen Rechts wiedergegeben sind. Durch ihre Aufnahme in das H.G.Buch sind sie formell Bestandtheile des Reichsgesetzes geworden, mithin nur noch der Gesetzgebungsgewalt des Reichs unterworfen. [18])

In demselben Sinn gehen dem partikularen bürgerlichen Recht nicht blos die unmittelbaren Vorschriften des H.G.Buchs und der weiteren Reichsgesetze, sondern auch alle Sätze des Handelsrechts vor, welche für Handelssachen aus den Vorschriften des H.G.Buchs und der weiteren handelsrechtlichen Reichsgesetze durch Interpretation oder aus den Prinzipien derselben durch wissenschaftliche Folgerung zu gewinnen sind; [19]) nicht minder die Sätze des Handelsgewohnheitsrechts. Ueberhaupt kann man sich bei Beurtheilung solcher Erscheinungen, welche dem Handelsverkehr eigenthümlich, dem sonstigen Verkehr fremd sind, nur auf das Handelsrecht stützen; [20]) sei es auf ausdrückliche oder anerkannte Sätze desselben, sei es auf Folgerungen, die aus demselben im Wege der Wissenschaft gezogen werden.

Seiner blos ergänzenden Stellung [21]) zufolge liefert das bürgerliche Recht, abgesehen von den Stellen, an denen es ausdrücklich auf das Landesrecht als ausschliessliche oder primäre Rechtsquelle verweist, [22]) Normen zur Beurtheilung der Handelssachen nur da, wo Institute in Frage stehen, die zwar auch dem Handelsverkehr, aber nicht ausschliesslich diesem angehören, oder wo privatrechtliche Verhältnisse zu prüfen sind, über die das Handelsrecht nichts verfügt, mag nun Ergänzung aus dem Landesrecht ausdrücklich vorbehalten sein, oder nicht. [23]) Bei dem zwischen dem letzteren und dem übrigen Civilrecht bestehenden Zusammenhang bleibt dazu Raum genug, weil an vielen Punkten besondere Vorschriften des Handelsrechts ganz fehlen, an anderen die bestehenden nur unvollständig einzelne Seiten der Rechtsinstitute ordnen, oder nur unter beschränkender Voraussetzung, z. B. unter der, dass ein Geschäft Handelsgeschäft ist, wirksam werden, also mit einem Wort kein das übrige Civilrecht ausschliessendes Prinzip aufstellen.

---

[18]) Goldschmidt Not. 13.
[19]) Anschütz-Völderndorff Not. 5, II a.
[20]) Wie mit Recht Goldschmidt § 37, Nr. 2 ausführt.
[21]) Beispiele s. R.O.H.G. Bd. 6, S. 372; Bd. 7, S. 11; Bd. 11, S. 243.
[22]) S. die Zusammenstellung bei Goldschmidt § 33, Not. 25.
[23]) Goldschmidt § 33, Not. 27.

VI. Anwendung des Handelsrechts.

§ 21.

A. Nach seinen zeitlichen Grenzen.

An der Spitze stehen für das Handelsrecht wie für das sonstige bürgerliche Recht folgende Sätze.[1])

Das neue Recht, namentlich das in positiven Gesetzen enthaltene, kommt zur Anwendung von seinem gesetzlich bestimmten Geltungsbeginn an. Denn das alte Recht existirt für die von da ab entstehenden Rechtsbeziehungen nicht mehr. Das neue Recht derogirt dem alten. Für die Anwendung des H.G.Buchs sind daher die in den Einführungsgesetzen festgesetzten Termine massgebend. Für die übrigen Reichsgesetze ergibt sich der Geltungsbeginn aus der Bestimmung in dem Gesetze selbst,[2]) oder er ist dem Art. 2 der Reichsverfassung zufolge 14 Tage nach Ausgabe des betreffenden Gesetzblattes eingetreten.[3]) Es versteht sich von selbst, dass das neue Recht für alle seitdem erst entstandenen Rechtsverhältnisse alleinige Norm ist. Ebenso versteht sich von selbst, dass, soweit unter der Herrschaft des alten Rechts begonnene und beendigte Rechtsverhältnisse etwa noch der rechtlichen Beurtheilung unterliegen, das alte Recht zur Anwendung zu bringen ist.[4])

Mithin bleibt nur die Frage übrig, wie über diejenigen Rechtsverhältnisse zu entscheiden ist, deren Existenz unter dem alten Recht begonnen hat und sich in die Geltungszeit des neuen Rechts hineinerstreckt. Möglicherweise schreibt das neue Gesetz seine Anwendung auch auf diese schwebenden Rechtsverhältnisse vor.[5]) Allein es bedarf dazu der deutlichen, wenn auch nicht

---

[1]) Sie sind allgemein anerkannt. Aus der bei Goldschmidt § 39, Not. 1 angeführten Literatur sind hervorzuheben: Savigny Bd. 8, § 383 ff.; Windscheid § 31 ff.; Stobbe § 27 ff.; über das preuss. Recht Förster § 10; über das österr. Unger § 15 ff.; über das französ. Zachariä § 30.

[2]) Dass das Gesetz und nicht die Meinung der H.G.Buchskommission über den Geltungsbeginn entscheidet, Goldschmidt Not. 2, bedarf kaum der Erwähnung.

[3]) Das Nähere s. bei Laband, Staatsr. § 60, IV.

[4]) Windscheid § 33.

[5]) S. z. B. R.Ges. vom 11. Juni 1870, § 58; R.O.H.G. Bd. 12, S. 340. Goldschmidt Not. 1 a. — Ueber rückwirk. Kraft des Haftpflichtges. vom 7. Juni 1871 s. R.O.H.G. Bd. 11, Nr. 106.

nothwendig ausdrücklichen [6]) Erklärung des gesetzgeberischen Willens. Rückwirkende Kraft des neuen Rechts lässt sich an sich nicht unterstellen gegenüber bestehenden Rechten, die nach dem alten Recht als wohlerworbene Privatrechte anzusehen sind. Eine Ausnahme würden authentische Interpretationen [7]) des älteren Rechts machen, insofern sie gesetzlich aussprechen, dass von jeher das, was sie aussprechen, der wahre Wille der gesetzgebenden Gewalt gewesen ist. Allein diese Wirkung beschränkt sich auch streng auf Interpretation solcher Art. Entscheidungen von Streitfragen, Erklärungen von Dunkelheiten oder Ergänzungen von Unvollständigkeiten des seitherigen Rechts sind nicht mit authentischen Interpretationen auf eine Linie zu stellen. [8])

Auf Beurtheilung nach dem älteren Recht haben aber nur diejenigen Rechtsverhältnisse, Rechte oder Verbindlichkeiten Anspruch, welchen als rein privatrechtlichen der Karakter des Wohlerworbenseins zukommt. [9]) Zugleich wird vorausgesetzt, dass das Rechtsverhältniss bereits besteht. Erst in Aussicht stehende, suspensiv bedingte oder künftige Rechtsverhältnisse können nicht nach dem älteren Recht beurtheilt werden. [10]) Dagegen existirt kein Anspruch auf Anwendung des älteren Rechts, wo das neue Recht gesetzliche Vorschriften in dem Sinn enthält, dass ihnen gegenüber von einem wohlerworbenen Privatrecht nicht die Rede sein kann. Wenn Zweifel über die Anwendbarkeit des alten oder des neuen Rechts herrschen, so entspringen sie nicht sowohl aus Verschiedenheit der Ansichten über das Prinzip, als vielmehr aus der Schwierigkeit, den Begriff der wohlerworbenen Rechte nach jeder Seite hin genau zu bestimmen und so die Grenze zwischen den Vorschriften des neuen Rechts zu finden, welchen sich auch die schwebenden Rechtsverhältnisse vom Inkrafttreten desselben an unterwerfen müssen, und welchen nicht. [11])

Die Prozessgesetze fallen, soweit sie die Prozedur betreffen, unter die letztere Kategorie. [12]) Bei Erlass der neuen Reichsprozessordnungen sind die nöthigen Bestimmungen theils durch die Einführungsgesetze des Reichs, [13]) theils durch die Ausführungsgesetze und Verordnungen der einzelnen Bundesstaaten ergangen. [14]) Das Nähere gehört nicht hieher.

---

[6]) Wie Windscheid § 32, Nr. 2 mit Recht ausführt.

[7]) Stobbe § 27, Not. 16; Roth § 50, Not. 8. Nicht anerkannt im französ. Recht, s. Zachariä § 30, Not. 8.

[8]) Goldschmidt Not. 2 b.

[9]) Dass dies nur bei Rechten einer einzelnen Person, nicht bei Rechten einer ganzen Klasse zutreffen könne, Savigny S. 385, lässt sich nicht behaupten.

[10]) Roth Not. 12.

[11]) Stobbe Not. 21, 22.

[12]) Renaud, Civ.Proz. § 8. Endemann, das d. Civ.Proz.Recht § 13.

[13]) Einf.Ges. zum G.V.Ges. § 14 ff.; zur C.P.O. § 18 ff.; zur K.O. § 8 ff.

[14]) S. die Ausführungs- u. Uebergangsgesetze, zusammengestellt von Wilmowsky u. Levy, Berlin 1880. Vgl. die Komm. zu den in Not. 13 bezeichneten Paragraphen. Mit diesen erledigen sich die Zusammenstellungen aus den Einf.Ges. zum H.G.Buch bezüglich des Konkurses und der sonstigen prozess. Bestimmungen; s. Goldschmidt S. 396, Nr. 9, 10.

Inwieweit neuen Gesetzen, die sich im Gebiete des materiellen Rechts bewegen, wohlerworbene Rechte gegenüberstehen, die nach dem alten zu beurtheilen sind, bedarf sorgfältiger Unterscheidung. Auch solche Gesetze enthalten leicht Vorschriften, die blos formeller Natur sind und den Begriff eines ihnen zuwider zu schützenden wohlerworbenen Rechts nicht zulassen. [15])

Nach allgemeinen Grundsätzen sind durchgreifende Sätze schwer aufzustellen. Vielmehr bedarf es vielfacher Unterscheidungen. [16])

Mit dem Verhältniss insbesondere der W.O. und des H.G.Buchs zu dem früheren Recht beschäftigen sich aber auch vielfach die Einführungsgesetze der Einzelstaaten, deren darauf bezügliche Bestimmungen durch die Einführung der Gesetzbücher als Reichsgesetze nicht alterirt worden sind. Allein so zahlreich auch die Bestimmungen der Einführungsgesetze sind, so erscheinen doch keineswegs alle aufzuwerfenden Fragen dadurch gelöst und in der Lösung derjenigen, mit welchen sie sich beschäftigen, herrscht grosse Verschiedenheit. [17])

Gegenwärtig haben jene Uebergangsbestimmungen in Anbetracht der bereits verflossenen Geltungszeit des H.G.Buchs nicht eben häufig noch praktische Bedeutung.

Im Allgemeinen lässt sich nur anführen, dass diejenigen Sätze, welche die Form, z. B. der Handelsgesellschaften, die Eintragungen der Handelsregister und dergleichen, wie in der Natur der Sache lag, möglichst auf die bestehenden Rechtsverhältnisse zur Anwendung gebracht worden sind. Dagegen lässt sich Gleiches von den materiellen Bestimmungen nicht behaupten. [18]) Soweit die Einführungsgesetze keine positive Bestimmung getroffen haben, kommen die oben berührten allgemeinen Grundsätze des Civilrechts zur Anwendung. [19]) Es ist also sorgfältig zweierlei zu prüfen, einmal ob die Bestimmung des neuen Handelsrechtsgesetzes

---

[15]) Goldschmidt Not. 6.

[16]) Die hier hauptsächlich in Betracht kommenden Punkte sind: 1) Handlungs- u. Rechtsfähigkeit, s. Savigny Bd. 8, S. 415; Stobbe § 28, Nr. 2; Roth § 50, Not. 13 ff.; Förster § 10, Nr. 1; Unger § 20, Not. 33; § 21, Not. 1; 2) Sachenrecht; s. Savigny S. 420; Stobbe das. Nr. 3; Roth § 50, III Nr. 1—3; 3) Verjährung; Savigny S. 429; Stobbe das. Nr. 4; Roth das. Nr. 4; 4) Formen der Rechtsgeschäfte, Savigny S. 466, 474; Stobbe § 28, Nr. 1; Roth Not. 52; 5) Gültigkeit, Wirksamkeit u. s. w. der Verträge, Savigny S. 435; Stobbe Nr. 5; Roth V, 2, 3.

[17]) S. über diese Dinge die Spezialausführungen von Puchelt, Arch. Bd. 2, S. 1; Christ, Z. f. H.R. Bd. 6, S. 413; Hofmann, in Gruchots Beitr. Bd. 11, S. 426. — Einzelne Entsch. des R.O.H.G. s. bei Goldschmidt Not. 4.

[18]) Goldschmidt Not. 6. Eine reichhaltige Zusammenstellung aus den partikularen Einf.Gesetzen gibt derselbe S. 392 ff. Sie bezieht sich auf die Bestimmungen, welche betreffen 1) die Eintragungen im Handelsregister, Zeichnung der Firma und Unterschrift, sowie Schiffsregister; 2) das materielle Firmenrecht; 3) die nach älterem Recht errichteten Aktien- und Kommanditaktiengesellschaften, wobei S. 395 in einem Zusatz auch das Verhältniss des R.Gesetzes vom 11. Juni 1870 berücksichtigt wird; 4) die sonstigen Handelsgesellschaften und Handelsvereinigungen; 5) die Procuren; 6) die Handelsfrauen; 7) die Handelsmäkler; 8) die Verjährung. — Ueber den Konkurs und den Handelsgerichtsprozess s. oben Not. 13.

[19]) R.O.H.G. Bd. 2, S. 128.

von der Beschaffenheit, dass sie die Behandlung wohlerworbenen Rechtes nach dem alten Recht gestattet, sodann ob wirklich ein nach dem letzteren wohlerworbenes Recht vorhanden ist.

B. Nach seinen räumlichen Grenzen.

§ 22.

1. Die allgemeinen Gesichtspunkte.

Jedes Recht hat nach den heutigen Verhältnissen einen territorialen Umfang seiner Geltung. [1]) Im Gegensatz zu dem Prinzip des älteren Rechts, wonach jede Person in allen Rechtsverhältnissen nach ihrem angeborenen Recht zu beurtheilen war, dem Prinzip der Personalität des Rechts, ist in der Neuzeit nach mancherlei Durchgangsstufen das Prinzip der objektiven Geltung des Rechts, das der Territorialität, herrschend geworden. [2])

Nach diesem Prinzip bewegen sich die Personen unter der Herrschaft des in jedem Gebiete bestehenden Rechts. Jedes Gericht hat an sich das in seinem Bezirk gültige Recht anzuwenden; und zwar ohne Unterschied, ob die Partei, der er Recht spricht, seinem eigenen Bezirk angehört oder nicht, sogar ohne Unterschied, ob dieselbe Inländer oder Ausländer ist. Denn, während früher die Ausländer vielfach anders behandelt zu werden pflegten, [3]) ist es jetzt durchweg Grundsatz, den Ausländer in Bezug auf die Regeln des Verfahrens [4]) wie des materiellen Rechts dem Inländer gleich zu behandeln. [5])

Allein die exklusive Anwendung nur des eigenen Rechts von Seiten eines jeden Gerichts würde dem Wesen des Verkehrs widersprechen; zumal dem des Handelsverkehrs, der sich nicht an diese territoriale Begrenzung bindet. Zunächst verlangen die in demselben Staate geltenden Normen auch dann Anerkennung und Anwendung, wenn sie gleich für den Bezirk des entscheidenden Gerichts fremde sind. Weiterhin handelt es sich aber auch um die Anerkennung und Anwendung ausländischen Rechts, die bei der Ausdehnung des Verkehrs und der Solidarität der Rechtsinteressen unentbehrlich erscheint und

---

[1]) Die reiche Literatur dieser Materie nach in- und ausländischem Recht s. bei Goldschmidt § 38, Not. *. — Hervorzuheben sind: Savigny, Syst. Bd. 8, § 344 ff.: Thöl, Einl. in das d. Priv.R. § 71 ff.; v. Bar, das internat. Priv.- und Strafrecht; Windscheid §§ 34, 35; Stobbe, d. Priv.R. § 29; Roth, Syst. des d. Priv.Rechts Bd. 1, § 51.

[2]) S. über diese Entwicklung bes. Stobbe § 29, II—IV; Roth Not. 4. — S. über das ältere System auch Endemann, Z. f. H.R. Bd. 5, S. 355; Dahn das. Bd. 16, S. 397.

[3]) Goldschmidt § 38, Not. 6.

[4]) S. über diese Endemann, Komm. zur C.P.O. Bd. 1, S. 36 ff.

[5]) Goldschmidt Not. 5; woselbst auch mehrere das Prinzip bestätigende Entsch. des R.O.H.Gerichts, sowie Einiges über die beschränktere Auffassung des französ. Rechts. — Inwiefern noch ein Unterschied zwischen In- und Ausländern nach der C.P.O. in Betracht kommt, s. Endemann a. a. O. S. 38.

nach den heutigen internationalen Verhältnissen von allen civilisirten Staaten gewährt wird. [6])

In der ersteren Beziehung ist innerhalb des deutschen Reichs insofern eine grosse Vereinfachung eingetreten, als seit Gestaltung desselben zu einem einheitlichen Bundesstaat nicht mehr davon die Rede sein kann, dass ein Bundesstaat den anderen als Ausland, mithin dessen Angehörigen als Ausländer betrachten dürfte. [7]) Das H.G.Buch und die übrigen in das Handelsrecht einschlagenden Bundes- und Reichsgesetze sind für das ganze Reich formell verbindliches Recht. [8]) Ebenso verhält es sich mit den Prozedurordnungen. Insoweit gilt fortan dasselbe einheitliche Recht bei allen deutschen Gerichten ohne dass irgend noch ein Unterschied zwischen den Angehörigen verschiedener Bundesstaaten besteht. Indessen bleiben, auch für Handelssachen, [9]) noch partikulare Rechte der Bundesstaaten und selbst provinzielle oder lokale Rechte desselben Bundesstaates in Geltung. Die Frage, ob das Gericht nur sein eigenes, d. h. das für seinen Bezirk geltende geschriebene oder ungeschriebene, Gesetzes- oder Gewohnheitsrecht anzuwenden hat, behält daher immer auch innerhalb des deutschen Reichs eine, wenngleich gegen früher sehr verminderte Bedeutung. Ihre Lösung muss bei solcher Rechtsverschiedenheit [10]) im Wesentlichen nach denselben Gesichtspunkten erfolgen, wie da, wo es sich um das Verhältniss zwischen in- und ausländischem Recht handelt.

Letzteres wird um so wichtiger, je mehr sich der internationale Verkehr ausgebreitet hat. Nur nach einigen Richtungen ist es gelungen, durch Staatsverträge einheitliche Bestimmungen zu erzielen und so die Gegensätze von in- und ausländischem Recht zu verwischen. [11]) Da im Ganzen noch die grösste Rechtsverschiedenheit der Staaten herrscht, hat nach dieser Seite hin die Frage, welches Recht von dem Richter anzuwenden sei, nach wie vor ihr volles Interesse.

Während früher in den meisten Staaten Regel war, dass die Gerichte sich in der Anerkennung des ausländischen Rechts möglichst exklusiv verhielten, gilt jetzt die gegenseitige Anerkennung auch der unter fremdem Recht begründeten oder bestehenden Rechtsverhältnisse als allgemeine Pflicht. Nur die Beschränkung setzt die heutige Rechtslehre, dass die Anwendung des fremden Rechts ausgeschlossen bleibt, wenn das inländische Recht eine solche Ausschliessung, die es unstreitig verfügen kann, verfügt. [12]) Dabei darf übrigens nicht blos an ausdrückliche Verfügung gedacht werden; vielmehr muss ein Verbot der An-

---

[6]) Stobbe § 29, I; Goldschmidt S. 380.

[7]) R.Verfass. Art. 3.

[8]) R.Verfass. Art. 2.

[9]) S. über deren Begriff oben § 18, I.

[10]) Der „interlokalen“, wie sie Goldschmidt S. 377 im Gegensatz zu der „internationalen“ nennt.

[11]) Beispiele des Post- u. Telegraphenwesens, sowie der Bestrebungen auf anderen Gebieten s. bei Goldschmidt Not. 2 a.

[12]) R.O.H.G. Bd. 1, S. 223; Bd. 3, S. 67; Bd. 12, S. 55; s. v. Salpius Z. f. H.R. Bd. 19, S. 17 ff.

wendung des fremden Rechts auch dann von selbst unterstellt werden, wenn diese Anwendung den einheimischen Begriffen dessen, was rechtlich oder sittlich erlaubt ist, widersprechen, oder mit den Grundsätzen des einheimischen Rechts gänzlich unvereinbar sein würde.[13])

Aus dieser Anerkennung des fremden Rechts folgt, dass in dem hiernach sich ergebenden Umfang die unter der Herrschaft desselben begründeten Rechte und Verbindlichkeiten auch im Inland als wirksam zu betrachten sind, wenn nach dem massgebenden ausländischen Recht die Wirksamkeit gegeben ist. Zwischen Inländern und Ausländern besteht in dieser Beziehung wieder kein Unterschied. Bei der Beurtheilung der privatrechtlichen Verhältnisse, von denen allein an diesem Orte zu reden ist,[14]) ist die Anwendbarkeit des fremden Rechts ebensowenig darum ausgeschlossen, weil die betheiligte Person Inländer, als umgekehrt die Anwendbarkeit des inländischen darum, weil sie Ausländer ist. Nicht die subjektive Zugehörigkeit der Person, sondern die objektive des Rechtsverhältnisses oder Rechtsgeschäfts entscheidet.

Neben dem Gesetz des Gerichtsortes, mit demselben kollidirend, kann in Betracht kommen: 1) das Recht des Ortes, wo die Person ihren Wohnsitz hat; 2) wo eine Sache sich befindet, oder 3) wo eine Handlung, namentlich ein Vertragsschluss, erfolgt ist oder, wie namentlich die Vertragserfüllung, geschehen soll.[15])

Unter dem fremden Recht, nach dem möglicherweise zu entscheiden ist, darf nicht blos das geschriebene Gesetzesrecht, sondern muss auch das ungeschriebene Gewohnheitsrecht verstanden werden. Auch das letztere ist von dem einheimischen Gericht anzuwenden.[16]) Es versteht sich dabei von selbst, dass die Voraussetzungen und Wirkungen sowohl des Gesetzes, als auch des Gewohnheitsrechts oder der Üsanz nach dem Rechte des Staates zu beurtheilen sind, dem das Gesetz oder die Gewohnheit angehört.[17])

Die Anwendung fremden Rechts wird nicht blos dem Richter zugemuthet. Auch bei nichtrichterlichen Akten kann dieselbe in Frage kommen.[18]) Indessen ist an diesem Ort nur die erstere zu berücksichtigen.

Was den Richter betrifft, so ist es zunächst ausgemachter Grundsatz, dass er das ausländische Recht anzuwenden hat, wann er dasselbe kennt. Dazu ist er verpflichtet, auch wenn sich die Parteien nicht darauf berufen oder die An-

---

[13]) Savigny § 349; v. Bar § 33; Windscheid § 34, Not. 5, 6; Goldschmidt Not. 12; Endemann H.R. § 9, Not. 9. — Weiter zu gehen mit der Unanwendbarkeit des fremden Rechts ist kein Grund. S. auch Roth a. a. O. Not. 17, 18. Stobbe § 29, Not. 17.

[14]) Anders natürlich bei öffentlich rechtlichen, die von der Staatsangehörigkeit abhängen.

[15]) Davon im folgenden § 23.

[16]) R.O.H.G. Bd. 7, S. 7.

[17]) Goldschmidt § 38, Not. 25.

[18]) S. z. B. über die nach dem Recht des Bestimmungshafens zu bewirkende Dispache bei grosser Haverei und Blockade Entsch. des R.O.H.G. Bd. 8, S. 289 ff. und die dort zahlreich angeführte Literatur.

wendung beantragen.[19]) Allein er braucht es nicht zu kennen. Hieraus folgt, dass, wenn er das fremde Recht nicht kennt, allerdings auf Veranlassung der Parteien hin, die sich darauf beziehen, ein Beweis nöthig werden mag. Aber das Gesetz[20]) rechnet darauf, dass ein förmliches Parteienbeweisverfahren nicht entstehen wird. Zwar ist es den Parteien gestattet, ihrerseits Nachweise des Bestehens oder Nichtbestehens beizubringen, und auch dem Richter gestattet, die Parteien dazu aufzufordern. In erster Linie gilt jedoch das Gericht für berechtigt und verpflichtet, schon von Amtswegen und mit voller Freiheit in der Wahl der Mittel zuerforschen, wie es sich mit dem Recht des Auslandes verhält. Auch wenn die Parteien Nachweise beibringen, erscheint er befugt, andere Erkenntnissquellen zu benutzen und zum Zwecke einer solchen Benutzung das Erforderliche anzuordnen. Zugleich ist seine Beurtheilung der Existenz oder Nichtexistenz in keiner Weise an formelle Regeln gebunden.[21]) Das Prinzip der C.P.O. § 259 gilt auch für die Beurtheilung dieser Thatsache. Damit erledigen sich auch die Versuche, dem Richter durch abstrakte Sätze an die Hand zu geben, wie er es machen soll, wenn sich die Parteien nicht auf das fremde Recht berufen, oder wenn dessen Dasein nicht bewiesen wird, oder wenn die Parteien einig sind. Selbst die Einigkeit der letztern bindet ihn nicht.[22])

Im Zusammenhang mit der Auffassung, wonach die Ermittlung des fremden Rechts eine Frage der thatsächlichen Erkenntniss ist, erscheint die Verletzung der Partei durch ein Urtheil, welche auf Unkenntniss oder mangelhafter Kenntniss des fremden Rechtes und unrichtiger Anwendung oder Nichtanwendung desselben beruht, nicht als Revisionsgrund.[23]) Nach der seitherigen Gesetzgebung und Praxis der Gerichte herrschte darüber manche Unsicherheit.[24])

Es erhellt endlich, dass auch, da der Schwerpunkt in die offizielle Ermittlung des Gerichtes gelegt ist, die Frage der Beweislast unter den Parteien keine Rolle mehr spielt.[25])

§ 23.

2. Anwendung im Einzelnen.

Die Hauptrichtungen, in denen sich die Anwendung ausländischen Rechts bewegt, sind bereits angedeutet worden.[1]) Dieselben sind hier noch etwas näher

---

[19]) Die gegentheilige Ansicht ist namentlich durch die Praxis des R.O.H.Gerichts, wovon viele Nachweise bei Goldschmidt Not. 15, widerlegt. S. auch v. Bar S. 102; Stobbe § 29, Not. 14.

[20]) C.P.O. § 265.

[21]) Bei dieser freien Gestaltung der Ermittlung nach der C.P.O. § 265 bedarf dies Alles keiner näheren Ausführung mehr. Im Ganzen war auch schon vor ihr die neuere Praxis damit einverstanden; s. Goldschmidt § 38, Not. 20 ff. Geständniss der Parteien bindet den Richter nicht und Eidesdelation ist nach C.P.O. § 410 unmöglich.

[22]) S. darüber auch R.O.H.G. Bd. 3, S. 42; Bd. 7, S. 20, 152; Bd. 15, S. 427.

[23]) C.P.O. § 511.

[24]) Goldschmidt § 38, Not. 18.

[25]) Vgl. R.O.H.G. Bd. 2, S. 27, 298.

[1]) S. § 22, nach Not. 14.

in ihren Konsequenzen zu verfolgen. Von einer auch nur annähernd vollständigen Darlegung der letztern kann freilich um so weniger die Rede sein, je mehr es für die Entscheidung der Detailfragen an durchschlagenden Regeln fehlt und das Meiste der konkreten Würdigung der Gerichte überlassen wird. [2])

Die Frage, welches Recht anzuwenden sei, entscheidet sich

I. **zum grossen Theil nach dem Wohnsitz**, d. h. nach dem Ort, wo die betreffende Person den Mittelpunkt ihrer Existenz mit der Absicht dauernder Erhaltung hat. [3]) Jedenfalls ist hier nur an den Begriff desselben im Sinne des Civilrechts, [4]) nicht an den Begriff nach mancherlei Verwaltungsgesetzen zu denken. Unter welchen Voraussetzungen ein Wohnsitz begründet oder verloren, wie sein Vorhandensein aus thatsächlichen Momenten zu beweisen und festzustellen ist, inwiefern dieselbe Person mehrere Wohnsitze haben kann, ein abgeleiteter oder ein nothwendiger Wohnsitz existirt, das Alles richtet sich nach den Regeln des bürgerlichen Rechts. [5])

Nach neuerer Ansicht ist man geneigt, in der hier zu behandelnden Materie lediglich den Wohnsitz in diesem Sinne des Civilrechts zum Ausgangspunkt zu nehmen, d. h. die Anwendung des Rechts von der Thatsache abhängig zu machen, dass Jemand in dem Geltungsgebiet des letzteren wohnt. So namentlich auch die deutsche Rechtsauffassung. Indessen stimmen damit keineswegs alle Rechte und die gesammte Rechtslehre überein. Vielmehr wird theilweise nicht blos Wohnsitz, sondern zugleich Wohnrecht als Voraussetzung der Anwendung des am Wohnsitz geltenden Privatrechts verlangt. [6]) Dies ist erklärlich, da die Punkte, für welche das Wohnsitzrecht entscheidend sein soll, zum Theil in naher Berührung stehen mit öffentlichrechtlichen Verhältnissen, für die keineswegs in gleicher Weise der thatsächliche Wohnsitz als Norm dienen kann. Nach deutschem Recht steht fest, dass innerhalb des deutschen Reichs für Angehörige desselben nach dem Wohnrecht nicht weiter zu fragen ist, seitdem bis auf wenige Ausnahmen Jeder von selbst das Recht hat, seinen Wohnsitz im Reich zu nehmen, wo er will. [7]) Ob im Verhältniss zum Ausland und Ausländern unbedingte Anerkennung des Wohnsitzes und seines Rechts Platz greift, oder an weitere Bedingungen geknüpft ist, bedarf besonderer Untersuchung

---

[2]) Stobbe § 29, IV a. E.

[3]) Savigny Syst. §§ 353, 354; Windscheid § 36.

[4]) Bzw. des Civilprozessrechts; s. C.P.O. § 13; Endemann, Komm. Bd. 1, S. 246; Wetzell, C.Proz. S. 489. S. auch Roth § 51, Not. 17.

[5]) Stobbe § 30, I. -- Mehrere Wohnsitze begründen nach Prozessrecht einen elektiven Gerichtsstand; Endemann zu C.P.O. § 13, Not. 8; und demgemäss die Möglichkeit, für die Anwendung des materiellen Rechts, einen jeden zu Grunde zu legen; vgl. Roth § 51, Not. 21. Dass bei Mangel eines Wohnsitzes auf den Aufenthalts- oder letztern Wohnort zurückzugehen sei, ist nur eine Regel des Prozessrechts; s. C.P.O. 18; für das materielle Recht kann höchstens noch der Herkunftsort (origo) in Frage kommen; s. Roth a. a. O. Not. 19.

[6]) v. Bar S. 73; Goldschmidt Not. 9; Stobbe Not. 5.

[7]) R.Verf. Art. 3; B.Ges. vom 1. Nov. 1867 § 1. — S. über letzteres und dessen Beschränkungen Laband, Staatsr. Bd. 1, § 16, Nr. 3.

nach Masgabe des öffentlichen Rechts, gegründet auf Staatsvertrag oder Gegenseitigkeit. [8])

Was bei einer physischen Person der Wohnsitz, das ist bei juristischen Personen oder sonstigen idealen Subjekten in materiellrechtlicher oder prozessualischer Beziehung der Sitz; also auch für Handelsgesellschaften, Genossenschaften oder sonstige Assoziationen, die mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattete Gesammtwesen darstellen. [9]) Doch muss hierbei bemerkt werden, dass unter Umständen ausländischen Korporationen oder Gesellschaften die Zulassung zum Geschäftsbetrieb im Inlande nur unter der Bedingung gewährt wird, dass sie sich in jeder oder bestimmter Beziehung dem inländischen Recht unterwerfen. So insbesondere bei Aktiengesellschaften. [10]) Unter dem Sitz ist analog dem Begriffe des Wohnsitzes der Mittelpunkt der geschäftlichen Existenz zu verstehen. Eine Korporation oder Gesellschaft ist daher an sich eine ausländische, und nach dem ausländischen Recht zu beurtheilen, wenn ihr Centralpunkt oder Hauptetablissement im Auslande gelegen ist. Daran ändert sich von Haus aus nichts durch den Umstand, dass sie im Inlande ein Nebenetablissement, eine blose Filiale hält. Indessen kommt es gerade dann nicht selten vor, dass die Errichtung der inländischen Filiale, sofern dazu besondere Erlaubniss gehört, nur gegen Unterwerfung unter das inländische Recht gestattet wird.

Dasselbe muss schliesslich auch gelten, wenn ein Einzelner oder mehrere Einzelne ein Hauptetablissement in dem einen, ein Nebenetablissement in einem andern Rechtsgebiet haben. Der physischen Person gegenüber entsteht aber noch die weitere Frage, welches Recht anzuwenden sei, wenn deren Wohnsitz und der Etablissementsort in verschiedenen Rechtsgebieten sich befinden. Dem Etablissementsort kommt doch neben dem Wohnort eine erhebliche Bedeutung zu; namentlich behufs Begründung der gerichtlichen Zuständigkeit. [11]) Indessen liegt es im Wesen der Sache, dass bei der Beurtheilung der Dinge, um die es sich, wie im Folgenden auseinanderzusetzen, hier handelt, d. h. namentlich der persönlichen Rechtsverhältnisse, bei physischen Einzelpersonen das Recht des Wohnsitzes und nicht das des Niederlassungsortes entscheidend sein muss. Das letztere kann unter anderen Rubriken masgebend erscheinen. Bei idealen oder Gesammtwesen, Handelsgesellschaften u. dgl., ist Wohn- und Geschäftssitz dasselbe. Die Rechts- und Handlungsfähigkeit des einzelnen Etablissementsinhabers dagegen richtet sich nach dem Rechte seines Wohnsitzes.

Das Recht des Wohnsitzes gilt als **Norm für die Beurtheilung der Rechts- und Handlungsfähigkeit** der physischen oder idealen Personen. [12]) Indessen lauten in dieser Hinsicht die Rechte theilweise abweichend, indem z. B. das

---

[8]) Ueber die mit der deutschen übereinstimmende Auffassung des englischen und nordamerikanischen Rechts s. Goldschmidt Not. 9.

[9]) Stobbe § 30, Not. 9. — Prozessrechtlich direkt anerkannt in der C.P.O. § 19 s. Endemann Komm. Bd. 1, S. 257 ff.

[10]) S. darüber Renaud, Recht der Aktienges. 2. Aufl. § 16, Not. 13 ff.

[11]) Thöl § 51; Endemann H.R. § 16, II. Vgl. C.P.O. § 22.

[12]) Windscheid § 35, Not. 1.

sächsische der Rechts- und Handlungsfähigkeit überhaupt nach der Staatsangehörigkeit, das österreichische die der Oesterreicher nur nach seinen Bestimmungen, die der Fremden, nach dem Domizil, ähnlich das französische die der Franzosen, auch der im Auslande wohnhaften, nach seinen Bestimmungen, die der nicht naturalisirten Fremden, auch wenn sie in Frankreich wohnen, nach den Bestimmungen ihres Heimathsrechts beurtheilt wissen will.[13]) Andererseits erklärt das preussische Recht,[14]) dass zwar an sich die persönlichen Eigenschaften und Befugnisse eines Menschen nach den Gesetzen seines Wohnsitzes zu beurtheilen sind, dass aber bei im Inlande geschlossenen Verträgen die Handlungsfähigkeit angenommen werden muss nach dem Gesetz, sei es des Inlandes, sei es des Auslandes, nach dem die Handlung am besten aufrecht erhalten werden kann; ein Grundsatz der allgemein Rechtens ist in Betreff der Wechselfähigkeit[15]) und der auch ausserhalb Deutschlands anerkannt wird.[16])

Es ist erklärlich, dass unter solchen Zuständen des Gesetzesrechts auch die Doktrin und Praxis keineswegs darüber einig sind, dass die gesammte Rechts- und Handlungsfähigkeit, deren Voraussetzungen und Wirkungen sich prinzipiell und durchweg nach dem Rechte des Wohnsitzes bestimmen.[17]) Vielmehr behaupten Manche schlechthin, dass in Bezug auf die Wirkungen das Recht des Ortes entscheide, wo Rechte von einer Person geltend gemacht werden, oder lassen wenigstens eine solche Reihe von Ausnahmen zu, dass das Prinzip selbst gefährdet erscheint.[18]) Daher bedarf es einer Prüfung der einzelnen Fälle.

Als feststehend kann Folgendes angeführt werden. Beschränkungen, denen Jemand hinsichtlich der Rechtsfähigkeit nach dem Rechte seines ausländischen Wohnsitzes unterworfen ist, die aber nach inländischem Recht nicht existiren, wie z. B. bürgerlicher Tod, Ehrverlust, Beschränkung wegen der Konfession, werden im Inlande nicht anerkannt. Dasselbe gilt von ausländischen Privilegien, die im Inlande nicht bestehen. Umgekehrt finden für gewisse Klassen existirende Beschränkungen, die freilich ebenso wie besondere Privilegien im Handelsrecht kaum noch in Betracht kommen, auch auf im Auslande wohnende Inländer und auf Ausländer bei den inländischen Gerichten Anwendung.[19]) Die Rechtspersönlichkeit juristischer Personen, Gesellschaften u. s. w. wird nach dem Gesetz ihres Sitzes anerkannt,[20]) aber der Umfang ihrer Rechte nach dem Recht des Ortes, wo sie solche erwerben wollen oder geltend machen.[21])

Im Uebrigen ist allgemeine Meinung, dass die Altersvoraussetzungen der Handlungsfähigkeit, die Handlungsfähigkeit der Frauen und der Hauskinder,

---

13) Roth § 51, Not. 24—29.
14) Preuss. L.Recht Einl. § 23, 35; Stobbe § 30, Not. 23.
15) Nach der D. W.O. Art. 84. S. darüber unten das Wechselrecht in Buch 4.
16) Goldschmidt § 38, Not. 10.
17) So Savigny S. 140 ff. Vgl. oben v. Bar S. 153 ff.; Wächter, Arch. f. civ. Proz. Bd. 25, S. 175.
18) Stobbe a. a. O. Not. 10.
19) So nach Savigny u. v. Bar, Roth Not. 32 ff.
20) Vgl. Arch. Bd. 12, S. 218 u. die dort cit. zahlreichen Präjudizien.
21) Roth Not. 38. 39; Stobbe § 30, III, 7.

sonstige Beschränkungen der Dispositionsfähigkeit, die Voraussetzungen und Wirkungen der Entmündigung überall nach dem Rechte des Wohnortes zu beobachten sind. [22])

Von der Geltung des Wohnsitzrechts in Bezug auf Familien- und Erbschaftsverhältnisse braucht hier nicht die Rede zu sein. [23])

II. **Als Sachenrecht dient das Recht des Ortes, wo die Sachen liegen.** Als Ort der Liegenschaft eines ganzen Vermögens gilt der Wohnsitz des Inhabers. [24]) Unter Sachenrecht ist zunächst die Summe derjenigen Normen zu verstehen, welche sich auf die objektiven Rechtsverhältnisse der Sachen beziehen. Aber auch die subjektive Fähigkeit der Person zum Erwerb [25]) ist nach demselben Recht zu beurtheilen, während anerkanntermassen die Befugniss zur Veräusserung von dem Recht des Wohnsitzes abhängt. [26])

Zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen will die neuere Ansicht keinen Unterschied machen, obwohl nach älterem deutschem Recht ein tiefgreifender Unterschied vorhanden war und der Natur der Sache nach die Immobilien weit entschiedener zur Anwendung des Rechts der gelegenen Sache auffordern, als die Mobilien; [27]) und obwohl nach einigen Rechten [28]) das Recht des Wohnortes als für die Rechtsverhältnisse der Mobilien masgebend erklärt wird.

Da die Immobilien und deren Rechtsverhältnisse das Handelsrecht nur in geringem Maasse angehen, [29]) so genügt es, allgemein darauf hinzuweisen, dass die Eigenschaften derselben Besitz, Eigenthum, dingliche Rechte jeder Art, Erwerb und Verlust der Rechte, [30]) zweifellos nach dem Gesetz der Liegenschaft beurtheilt werden. [31]) Aber auch bei Mobilien richtet sich nach diesem Recht die objektive Verkehrs- und Erwerbsfähigkeit der Sache; [32]) ferner die rechtliche Behandlung des Besitzes, [33]) des Eigenthums, des Erwerbes und seiner Form.

Mithin wird Eigenthum durch blosen Vertrag erworben, wenn der Erwerb in einem Lande stattfindet, wo solches Rechtens, auch wenn in dem Lande, wo

---

[22]) Stobbe § 30, III; Roth Not. 46 ff.

[23]) Windscheid § 35, Nr. 4, 5; Roth § 51, II u. IV; Stobbe § 34.

[24]) S. Stobbe § 32, Not. 4; Roth Not. 105; vgl. Not. 114.

[25]) v. Bar § 64, I; Stobbe § 32, Not. 15. — Indessen ist dies nicht unbestritten; Savigny Bd. 8, S. 182 u. A., sowie auch theilweise die Praxis ist für das Recht des Domizils.

[26]) Roth § 51, Not. 90.

[27]) Stobbe § 32 z. A.

[28]) Altpreuss. s. Förster Preuss. Priv.Recht § 11, Not. 21; Oesterr. s. Ungar, Oest. Priv.Recht § 23, Not. 64.

[29]) Vgl. oben § 17.

[30]) Ueber die Form der Rechtsgeschäfte s. jedoch unten Nr. III.

[31]) Savigny a. a. O.; v. Bar § 64, I u. Stobbe § 32, I, die auch hervorheben, dass das Pfandrecht, wenn es accessorischen Karakter hat — was freilich gegenwärtig nicht immer der Fall —, um wirksam zu werden, auch nach dem Rechte anerkannt sein muss, das über die Forderung entscheidet; s. auch Not. 36.

[32]) v. Bar § 64, Nr. 6, 7.

[33]) Savigny S. 199; Roth Not. 89.

dasselbe geltend gemacht wird, Tradition erforderlich erscheint.[33a]) Dasselbe gilt in Betreff der Ersitzung,[34]) der Fortdauer[35]) und des Inhaltes des Besitzes oder Eigenthums, ferner auch für die Beurtheilung der dinglichen Rechte, insbesondere des vertragsmässigen oder gesetzlichen Pfandrechts.[36])

Darüber herrscht im Ganzen[37]) Einverständniss, dass für die Geltendmachung der dinglichen Rechte oder des Besitzes durch Klage das Gesetz des Klagortes masgebend ist.[38])

Die prozessualische Zuständigkeit der aus dem Sachenrecht entspringenden Klagen ist hier nicht näher darzustellen.[39])

III. Was die **Form der Rechtsgeschäfte**, insbesondere also auch der Vertragsschliessungen, anbetrifft, so war es früher herrschende Regel,[40]) dass sie sich **nach dem Rechte des Ortes, wo sie vorgenommen werden**, bestimme. Gegen die Neuzeit hin hat sich jedoch immer mehr die Auffassung befestigt,[41]) dass die Betheiligten keineswegs unbedingt an das Gesetz dieses Ortes gebunden seien, vielmehr die Form ergreifen können, welche **an dem Orte gilt, wo das Rechtsgeschäft wirksam, namentlich der Vertrag erfüllt werden soll.** Insoweit steht demnach die Wahl zu und es entscheidet der Privatwille, indem er den Erfüllungsort festsetzt, darüber, welche Rechtsnorm anzuwenden ist.[42]) Oder es kann bei Verträgen auch das Recht des Wohnortes gewählt werden. Alsdann muss, wenn die beiden Kontrahenten unter verschiedenen Rechten wohnen, den Vorschriften der beiderseitigen Domizilrechte genügt werden.[43])

Indessen erscheint doch die Wahl nach einigen Richtungen beschränkt. Es

---

[33a]) Windscheid § 35, Not. 3; Stobbe § 32, Not. 15, 16; Seuffert Arch. Bd. 24, Nr. 102; aber dagegen Seuffert, Arch. Bd. 6, Nr. 128, wo die lex domicilii für masgebend erklärt wird.

[34]) Die jedoch v. Bar S. 218 bei nicht dauernder Lage der Mobilien nach dem Recht des Wohnorts beurtheilt. — Ueber die Berechnung der Ersitzungszeit bei Wechsel des Ortes s. Savigny S. 186; Stobbe Not. 17.

[35]) Stobbe Not. 16. S. über die Vindikabilität Windscheid a. a. O. Not. 3.

[36]) S. über die Folgen, wenn in dem einen Lande nur Faustpfand, in dem anderen auch Hypothek oder Generalpfandrecht gilt, Windscheid Not. 3 a. E. u. die dortigen Präjudizien, wonach die Praxis grossentheils in Betreff der Existenz des Pfandrechts das Gesetz des Ortes entscheiden lässt, wo das Recht geltend gemacht wird (lex fori); s. auch Stobbe Not. 18 ff.

[37]) Wenn auch bestritten v. Bar § 64, Not. 21.

[38]) Savigny S. 187. Beseler D. Pr.Recht § 39, Not. 21; Stobbe Not. 21 ff.; Roth Not. 101.

[39]) S. darüber C.P.O. § 25—27; Endemann, Komm. Bd. 1, S. 267 ff.

[40]) Locus regit actum; Stobbe § 31 z. A.

[41]) In Parallele damit steht die Entwicklung des forum contractus zum forum solutionis; s. über diese Endemann, das D. Civ.Prozessrecht § 61, I und die dortigen Nachweise, sowie über deren Abschluss C.P.O. § 29.

[42]) In diesem Sinne entscheidet auch der Privatwille durch Wahl des Wohnsitzes, wo das Wohnsitzrecht anzuwenden ist. Gerade in diesem Einfluss des Privatwillens liegt der grösste Gegensatz zu dem Prinzip zwingender Unterwerfung unter das Territorialrecht nach absoluten subjectiven oder objektiven Kriterien.

[43]) Zumal bei Abschluss unter Abwesenden durch Korrespondenz; v. Bar S. 124, 128; Stobbe § 33, Not. 9 ff.; Roth Not. 126 ff.; Windscheid § 35, Not. 5.

entscheidet lediglich das Recht des Vornahmeortes,[44]) wenn der Rechtsakt vor einer öffentlichen Behörde und unter deren Mitwirkung bewirkt wird, da diese nur nach ihrem Recht thätig wird. Bei Rechtsakten, die sich auf Immobilien beziehen, ist die am Liegenschaftsort gültige Form zu beobachten.[45]) Endlich kann auch das Recht des Wohnsitzes zu wahren sein; nemlich da, wo dieses für Rechtsakte und Vertragsschlüsse aus Fürsorge für die Person des Handelnden eine bestimmte Form vorschreibt.[46])

Wo aber an sich das Recht des Vertragsortes und das des Wirkungs- oder Erfüllungsortes konkurriren, da ist es allgemein gebilligte Regel,[47]) dass der Rechtsakt oder das Rechtsgeschäft auch dann gültig vorgenommen ist, wenn zwar nicht die am Orte der Vornahme, wohl aber die am Orte der Geltendmachung[48]) vorgeschriebene Form erfüllt erscheint.[49])

IV. **Für die Beurtheilung der Obligationsverhältnisse** ein festes gesetzliches Kriterium aufzustellen, ist, wie allgemein anerkannt wird, kaum möglich. Zunächst hat es bei einer Vertragsschliessung der Vertragswille der Betheiligten in den meisten Fällen in seiner Gewalt, das obligatorische Verhältniss dem Recht entweder des Vertrags-, oder des Erfüllungs-, oder des Wohnortes zu unterwerfen.[50]) Eine bestimmte rechtliche Vermuthung, dass im Zweifel der eine oder der andere Ort als masgebend angesehen worden sei, lässt sich nicht aufstellen.[51]) Es kommt, soweit der freie Wille Macht hat, auf den einzelnen Fall an.[52]) Hierbei wird man freilich am meisten geneigt sein, für die Beurtheilung der Wirkungen des Vertrags das Recht des Erfüllungsortes oder, was in der Regel[53]) damit zusammenfällt, des Etablissements- oder Wohnortes des Schuldners[54]) zu Grunde zu legen.

Nach dem Rechte des hiernach sich angebenden Ortes richtet sich die

---

[44]) Und nicht die lex domicilii; Stobbe § 31, Not. 13.

[45]) Windscheid § 35, Not. 13 a. E.; v. Bar S. 203; Stobbe Not. 14; Roth Not. 125.

[46]) Roth Not. 124. — Die spezielle Anwendung der obigen Sätze insbes. auf die Formen der Eheschliessung gehört nicht hieher.

[47]) Die für das Wechselrecht in der D. W.O. Art. 85, 86 ausdrücklich sanktionirt ist.

[48]) Wo also, wie Art. 85 sagt, aus dem Mangel der Form am Erklärungsort kein Einwand erhoben werden kann.

[49]) v. Bar S. 112. — So auch die Praxis und manche fremde Rechte; Goldschmidt § 38, Not. 7.

[50]) Savigny S. 249.

[51]) Die Meinungen sind sehr getheilt, in der Theorie u. Praxis. Windscheid § 35, Nr. 3 schiebt das Recht des Wohnortes in den Vordergrund; freilich mit erheblichen Beschränkungen; etwas schwächer, aber verwandt Stobbe § 33, Not. 4 ff.; Savigny S. 247 für den Erklärungsort.

[52]) R.O.H.G. Bd. 12, Nr. 49 und die dortigen Citate.

[53]) Vgl. H.G.B. Art. 324; wenn nicht der Lagerort Erfüllungsort ist.

[54]) Mit Savigny a. a. O. Förster § 11. Unger § 23; Roth Not. 132; dagegen Windscheid § 35, Not. 9, der aber selbst eine Reihe von Entscheidungen der Praxis anführt, die für die obige Ansicht sprechen.

Auslegung des Vertrags,[55]) die Beurtheilung der Gültigkeit,[56]) der Wirkungen und der Erfüllung;[57]) ebenso auch die Verjährung.[58]) Für das aus dem Rechtsgeschäft der Cession entspringende obligatorische Verhältniss gelten keine anderen Regeln.[59])

Indessen können auch Vertragsobligationen fixirt sein. So wird es sich von selbst verstehen, dass alle obligatorischen Verhältnisse, die aus der Gesellschaft zwischen den Betheiligten entstehen, nach dem Rechte des Ortes zu beurtheilen sind, wo die Gesellschaft ihren Sitz hat; ebenso Rechtsverhältnisse zwischen dem Prinzipal und den Leuten des organisirten Geschäfts nach dem Recht des Niederlassungsortes.[60])

Ueber gesetzliche Obligationen entscheidet der Wohnort des Schuldners zur Zeit der Entstehung.[61]) Für Deliktsobligationen ist das Recht des Ortes, wo das Delikt verübt wurde, masgebend.[62])

Was endlich die Klagbarkeit anlangt, so bestimmt sich diese insofern nach dem Rechte des angerufenen Gerichts, als dieses die Möglichkeit, Beschränkung oder Ausschliessung der gerichtlichen Geltendmachung nur nach seinem Recht zu beurtheilen hat.[63]) Meist wird, da der Gerichtsstand des Wohnsitzes des Schuldners der häufigste ist, der Ort der Geltendmachung mit dem letzteren identisch sein. Lässt das Recht des angerufenen Gerichts die Klage an sich zu, so kann weiter die Frage zu beantworten sein, ob ihr ein zulässiges oder ein verbotenes Obligationsverhältniss zu Grunde liege. Nach welchem Recht lässt sich wieder nicht allgemeinhin entscheiden. Die Kollisionen namentlich zwischen dem Recht des Vertrags-, und des Erfüllungsortes sind dieselben wie sonst. Hauptsächlich, aber keineswegs nothwendig,[64]) wird das letztere als Norm dienen.

---

55) Stobbe Not. 13; vgl. H.G.B. Art. 336.

56) Von dem Falle einer gerichtlichen oder amtlichen Bestätigung, Stobbe Not. 15, braucht im Handelsrecht nicht die Rede zu sein.

57) Roth Not. 134 ff.

58) S. über die vielbesprochene Behandlung derselben in Theorie und Praxis Windscheid Not. 9 a. E.; Stobbe Not. 18 ff.

59) v. Bar S. 268 ff.; Stobbe Not. 16, 17.

60) Vgl. Windscheid Not. 6. Man wird hier freilich meist auch sagen können, dass das der Erfüllungsort sei.

61) Savigny S. 273.

62) Windscheid Not. 6 a. E.; Stobbe Not. 25; Roth Not. 140.

63) v. Bar S. 247; Robbe Not. 6.

64) Wie Stobbe Not. 5a behauptet. Wenn die Kontrahenten dem Obligationsverhältniss in der That seinen ganzen Sitz am Erfüllungsort anweisen, ist das richtig, aber der Ort der Erfüllung hat nicht immer diesen Sinn. Gewiss gibt es Fälle, in denen man sagen muss, dass der Vertragsschluss ungültig sei, weil er am Abschlussort verboten war, wenn er auch am Erfüllungsort erlaubt erscheint.

VII. Das ausländische Handelsrecht.

§ 24.

Bei der Ausdehnung des Handels, der zum grossen Theil international erscheint, wird die Kenntniss auch des ausländischen Handelsrechts wichtig. [1]) Es sind daher die Gesetze, wenigstens diejenigen, welche die Hauptgrundlagen der fremden Handelsrechte bilden, sowie die Hauptwerke der Literatur anzuführen.

Sammlungen der Handelsrechtsgesetze der verschiedenen Länder, welche eine Uebersicht über das heutige Recht lieferten, fehlen.

Das Werk, welches den Titel führt: Vollständige Sammlung der geltenden Wechsel- und Handelsrechtsgesetze aller Länder, von **Borchard** 2 Bde. 1871, enthält bis jetzt nur die auf das Wechselrecht bezüglichen Gesetze.

Eine Menge einzelner Gesetze und Verordnungen bringt das in § 12, VI, 1 citirte Handelsarchiv; aber eine förmliche Sammlung existirt nicht.

Aus der früheren Zeit datiren, freilich nur noch theilweise brauchbar, durch die neuere Gesetzgebung vielfach überholt und daher unvollständig, folgende Sammlungen.

a) **Martens,** Gesetze und Verordnungen der einzelnen europäischen Mächte über Handel, Schifffahrt und Assekuranzen seit der Mitte des 17. Jahrhunderts. Der erste, 1802 erschienene Theil bezieht sich aber nur auf Frankreich.

b) **Saint-Joseph,** concordance des Codes de commerce étrangers et le Code de commerce français. Paris 1844; neu aufgelegt 1850. Das Werk enthält theils vergleichende Zusammenstellungen, theils französische Uebersetzungen auswärtiger Handelsrechtsgesetze und berücksichtigt 44 Staaten. [2])

Von einer Sammlung, mit der 1822 Pardessus beauftragt worden war, [3]) ist nichts zum Vorschein gekommen.

c) **Leone Levi,** commercial law, its principles and administration, or the mercantile law of Great Britain compared with the codes and laws of commerce of the following mercantile countries; 2 vol. in 4 parts; London 1850—1852.

---

[1]) Vgl. über dessen Anwendung u. das Verhältniss des inländischen zum ausländischen Recht die §§ 22. 23.

[2]) S. Goldschmidt § 7 I, 1 und Näheres über den Inhalt bei Thöl § 10, Nr. 3.

[3]) Thöl a. a. O. Nr. 2.

Es werden 59 Länder berücksichtigt, deren Gesetze in's Englische übertragen worden sind. [4]) Das Werk ist hauptsächlich nur brauchbar als Nachweisung der Rechte von England, Schottland und der Rechte der Nebenländer und Kolonien von Grossbritannien.

Als zweite Ausgabe soll gelten: international commercial law, being the principles of mercantile law of the following and other countries etc. 1863. Darin ist eine systematische Darstellung des englischen Handelsrechts, verglichen mit den Rechten von 20 anderen Staaten, enthalten.

1. **In Oesterreich** sind, wie oben [5]) bereits angeführt wurde, für den cisleithanischen Theil der Monarchie einschliesslich des Gebietes von **Krakau**, wo früher der Code de commerce galt, die vier ersten Bücher des Deutschen H.G.Buchs am 1. Juli 1863, für die Militärgränze am 1. Oktober 1863 unter Aufhebung einer Reihe von älteren Gesetzen zur Geltung gelangt. Die Einführung des fünften Buches ist noch nicht erfolgt, also das seitherige Seerecht noch in Kraft geblieben. Daran schliessen sich ähnlich wie im Deutschen Reich viele weitere, in das Handelsrecht einschlagende, neuere Gesetze an. [6])

Das österreichische cisleithanische Recht gilt auch für das Fürstenthum Liechtenstein, [7]) wo das H.G.Buch seit dem 1. Januar 1866 in Kraft getreten ist. [8])

Aus der **Literatur des deutsch-österreichischen Handelsrechts** [9]) sind einige Hauptwerke in der Zusammenstellung des § 12 aufgeführt worden. Zur Kenntniss der Judikatur dienen besonders 1) **Sammlung von Entscheidungen** zum H.G.Buche herausg. von Adler und Clemens, jetzt in dritter Folge; 2) die bereits in § 12, V 7 erwähnte **Sammlung von civilrechtlichen Entscheidungen des k. k. obersten Gerichtshofes,** herausg. von Glaser, Unger und Walter. [10])

In Südtirol und Dalmatien bildet wie früher auch im Lombardisch-Venetianischen Königreich im Ganzen noch die Grundlage der Code de commerce, der als Codice di commercio del regno d'Italia 1808 bzw. 1810 eingeführt wurde. [11])

Ungarn hatte ein eigenes Handelsrechtsgesetz in den Gesetzartikeln XV—XX. XXII. XXIX von 1838 und 1840. [12]) Nachdem 1848 die österreichische Gesetzgebung in den Ländern der ungarischen Krone eingeführt, aber 1861 wieder beseitigt worden war, beschäftigte man sich mit der Aufstellung eines neuen

[4]) Goldschmidt a. a. O. Nr. 2; über den Inhalt s. ausführlicher Thöl a. a. O. Nr. 4.

[5]) S. § 7, Nr. 15; über die frühere Handelsgesetzgebung s. Goldschmidt § 23, Not. 1—3.

[6]) Bis 1873 zusammengestellt bei Goldschmidt § 23, nach Not. 17a. S. weiter Uebersichten in der Z. f. H.R. Bd. 20, S. 507; Bd. 23, S. 491 u. Anl. zu Bd. 23, S. 81.

[7]) Goldschmidt a. a. O. Not. 32.

[8]) S. oben § 7, Nr. 32.

[9]) Die älteren s. bei Goldschmidt Not. 5 u. oben § 5, Not. 55.

[10]) Vgl. über beide Z. f. H.R. Bd. 23, S. 329.

[11]) Goldschmidt § 23, I, 2a.

[12]) Ueber den Inhalt s. Thöl § 9, Not. 5, S. 37; Ausgaben, Uebersetzungen und Literatur Goldschmidt Not. 23; über den Entwurf des ungar. G.Buchs Laband Z. f. H.R. Bd. 9, S. 659.

Handelsrechtsgesetzes auf Grundlage des deutschen H.G.Buchs. Dieses ist jetzt zu Stande gekommen in Gestalt der Gesetzartikel XXXVII von 1875.[13]) Eine amtliche deutsche Ausgabe ist erschienen; herausgegeben von Steinacker, Budapest 1875.[14])

Eine kommentarische Bearbeitung ist: **Schnierer**, Komm. zum Ungarischen H.G.Buch, Autorisirte Uebersetzung 1877.[15]) Seitdem sind noch verschiedene einzelne Gesetze erlassen worden.[16])

2. **In Frankreich** ist Grundlage des bestehenden Handelsrechts der **Code de commerce.**[17]) Die Vorarbeiten zur Reform, die schon einmal im 18. Jahrhundert begonnen, aber durch die Revolution von 1789 unterbrochen worden waren, nahm man 1801 wieder auf.[18]) Nach dem Gesetz vom 15. September trat das Gesetzbuch mit dem 1. Januar 1808 in Kraft. Aufgehoben wurden alle älteren Gesetze, welche die in dem Code behandelten Materien betrafen; und zu seiner Ergänzung sollten die übrigen Codes dienen.[19]) Der Code de commerce ist die erste umfassende Kodification, welche das Handelsrecht von dem übrigen Civilrecht abschied. Diesem Vorgang sind seitdem die meisten anderen Länder gefolgt.

Das Gesetzbuch wurde nicht nur für den ganzen Umfang des damaligen französischen Kaiserreichs publizirt, sondern auch in einer ganzen Reihe von Frankreich abhängiger Staaten eingeführt. In den letzteren ist dasselbe später meistens wieder beseitigt worden, aber in einigen Gebieten hat sich seine Geltung erhalten.[20]) Gegenwärtig erstreckt sich die Herrschaft des Code de commerce auf Frankreich und dessen sämmtliche Kolonien. Allein ausserdem gilt er, jedoch nur subsidiär hinter dem deutschen H.G.Buch her als Bestandtheil des bürgerlichen Rechts, sogar noch innerhalb des deutschen Reichs für die linksrheinischen Theile desselben;[21]) sodann in dem Oesterreichischen Südtirol und Dalmatien, im Grossherzogthum Luxemburg, in Belgien, Polen und einigen Theilen der Schweiz.

Noch umfassender ist der Einfluss, den die französische Kodifikation auf die Gesetzgebung anderer Länder, mehr oder minder direkt, ausgeübt hat. Die meisten Handelsgesetzbücher namentlich der romanischen, aber auch anderer Staaten haben ihn als Vorbild oder Grundlage benutzt.

Neben dem Code de commerce sind manche handelsrechtliche Gesetze

---

[13]) Behrend, H.R. § 10, I Nr. 7. Ueber die Vorarbeiten s. Thöl S. 1157; Goldschmidt Not. 30.

[14]) Vgl. namentlich auch über die Ausführungsverordnung Z. f. H.R. Bd. 21, S. 164. 421.

[15]) Angezeigt Z. f. H.R. Bd. 23, S. 319.

[16]) Anl. zur Z. f. H.R. Bd. 23, S. 90—108.

[17]) Ueber die hauptsächlichsten früheren Gesetze s. oben § 5, III.

[18]) Ueber die Vorarbeiten und Berathungen s. Goldschmidt § 24 u. die daselbst Not. 4 angeführte Literatur. Behrend das. § 9, Nr. IV.

[19]) Eintheilung und Inhalt des Code de comm. s. Goldschmidt von Not. 5 an.

[20]) Goldschmidt § 24, I, 3.

[21]) S. im Näheren Goldschmidt § 24, I, 3a.

der älteren Zeit bestehen geblieben. Auf ihn ist eine lange Reihe neuerer gefolgt, die auch zum Theil in den Bestand des Code eingreifen.[22])

Aeusserst zahlreich ist die französische **Literatur** des neueren Handelsrechts auch an Lehr- und Handbüchern, vorzugsweise jedoch an Kommentaren.[23]) Besonderer Autorität erfreuen sich 1) **Pardessus**, cours de droit commercial 6. ed. 1856; 2) **Rogron**, code de commerce expliqué; 3) **Bravard-Veyrières**, manuel de droit commercial und traité de droit commercial, publié par Demangeat 1862—75; 4) **Massé**, le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil 3. ed. 1874; 5) **Bédarride**, droit commercial 1854 ff.; 6) **Alauzet** commentaire du code de commerce. Neueste Darstellungen sind 7) **Boistel**, précis du droit commercial 1879[24]) und 8) **Lyon-Caen et Renault**, précis etc. 1879[25])

Neben den Abhandlungen sind hervorzuheben **Frémery**, etudes du droit commercial.[26])

Auch an deutschen Uebersetzungen,[27]) sowie an deutschen und italienischen Bearbeitungen hat es nicht gefehlt.[28]) Von denselben besonders zu erwähnen ist: **Broicher** und **Grimm**, das H.G.Buch der K. Preussischen Rheinprovinzen, übersetzt und erläutert. 1835.

3) **In Italien** war bis zu seiner Vereinigung der Rechtszustand ein bunter. In manchen Staaten blieb der zur Zeit des ersten französischen Kaiserreichs eingeführte Code de commerce geltend. So in Toscana, Parma und Piacenza. In Venedig gelangte auf einige Zeit das deutsche H.G.Buch zur Geltung. In anderen Staaten, nemlich in dem Königreich beider Sizilien, dem Kirchenstaat, in dem Königreich Sardinien und in dem Herzogthum Modena wurden neue Gesetzbücher erlassen, an die sich eine nicht unbedeutende Literatur anschloss.[29])

Nachdem aber die Vereinigung in dem Königreich Italien zu Stande gekommen war, wurde durch Gesetz vom 28. Juni 1865 der **Codice di commercio del regno d'Italia**, nach dem Sardinischen Handelsgesetzbuch unter Berücksichtigung der französischen Legislation bearbeitet, publizirt, um am 1. Januar 1866 für das gesammte damalige Gebiet des Königreichs in Kraft zu treten. Vom 1. September 1871 ab ist das Gesetzbuch, abgesehen von dem Abschnitt des Wechselrechts, auch in Venetien und der Provinz Mantua und dann vom 1. April 1871 ab auch in der den früheren Kirchenstaat umfassenden Römischen Provinz eingeführt worden. Eine Revision ist im

---

[22]) Eine reiche Zusammenstellung bis 1872 s. bei Goldschmidt a. a. O. II. Dann weiter Uebersichten von Mittermaier in der Z. f. H.R. Bd. 20, S. 109; Bd. 21, S. 146; Bd. 22, S. 174. Anl. zu Bd. 23, S. 168; Bd. 24, S. 187.

[23]) S. die Aufzählung bei Goldschmidt § 24, III, 1; die hier nicht zu wiederholen ist.

[24]) Vgl. Z. f. H.R. Bd. 22, S. 433.

[25]) S. revue historique 1879 p. 411.

[26]) S. im Uebrigen Goldschmidt § 24, III, 2; Sammelwerke und Zeitschriften s. das. III, 3.

[27]) Goldschmidt § 24, Not. 5; Thöl S. 38, Not. 16.

[28]) Goldschmidt § 24, III 4.

[29]) Ausführlicheres s. bei Goldschmidt § 26, V, 1. — Thöl § 9, Nr. 2.

Werke. Dazu kommen wieder mancherlei neuere Gesetze, die das Handelsrecht angehen.[30])

Einen eigenen Gesetzeszustand haben noch das **Fürstenthum Monaco** und die **Republik San Marino.**[31])

Aus der Literatur[32]) seit Erlass des Codice sind hervorzuheben:

1) **Carnazza Puglisi,** il diritto commerciale secondo il codice etc. 2 vol. 1868 und 2) neuerdings **Vidari,** corso di diritto commerciale vol. I. 1877.[33])

Eine deutsche Uebersetzung des Gesetzbuchs gibt **Treves,** das H.G.Buch für das Königreich Italien, Wien 1868.

4. **Spanien,** mit Ausnahme der Republik Andorra und Gibraltars,[34]) besitzt seit dem 1. Januar 1830 den durch Gesetz vom 30. Mai 1829 publizirten **Codigo de commercio,**[35]) zu dem der Code de commerce, wenn auch nicht allein, als Grundlage gedient hat. Sodann kommen für das Handelsrecht nicht wenige seitdem ergangene Einzelgesetze in Betracht.[36])

Auch existirt eine Reihe von Darstellungen des spanischen Handelsrechts,[37]) Eine deutsche Uebersetzung ist: **Schuhmacher,** Spanisches H.G.Buch, nach der amtlichen Madrider Ausgabe übersetzt, 1832.[38])

5. **Im Königreich Portugal** gilt der am 18. September 1833 verkündete **Codigo commercial Portuguez,**[39]) zu dem zahlreiche ergänzende Gesetze in der Folge hinzugetreten sind.[40])

Aus der vor ihm liegenden Literatur ist bedeutend **José da Silva Lisboa** principios di dircito mercantil. 7 tom. 1810—1819.[41])

Die einzige, unvollständige Uebersetzung findet sich in der Sammlung von St. Joseph.[42])

6. **In Belgien** befindet sich seit dem 1. Januar 1808 der **Code de commerce**

---

[30]) Die hauptsächlichsten bis 1872 s. bei Goldschmidt a. a. O. S. 248; weiter die Uebersichten von Mittermaier in der Z. f. H.R. Bd. 19, S. 341; Bd. 20, S. 121; Bd. 21, S. 158; Bd. 22, S. 193; Bd. 24, S. 175. Ueber die projektirte Revision s. Behrend § 10, Not. 12.

[31]) Goldschmidt Not. 43, 44.

[32]) Goldschmidt S. 248.

[33]) Vgl. Z. f. H.R. Bd. 23, S. 321. u. über Triaca, elementi di diritto civile e comm. 1876 das. S. 326.

[34]) Goldschmidt § 26, Not. 14. 15.

[35]) Ueber Bearbeitung u. Inhalt s. Goldschmidt § 26, III, 1. 2; über die Publikation in den Kolonieen, auch Thöl § 9, Nr. 3; Ausgaben das. S. 38, Not. 21.

[36]) Bis 1873 aufgezählt bei Goldschmidt S. 239—240.

[37]) Goldschmidt das. III, 3.

[38]) Französische Uebersetzungen s. Goldschmidt Not. 12.

[39]) Grundlagen und Inhalt s. Goldschmidt § 26, IV. 1. 2; vgl. auch Thöl § 9, Not. 26b.

[40]) Goldschmidt Not. 19. Behrend § 10, Not. 8.

[41]) S. aber über weitere Ausgaben Goldschmidt Not. 20.

[42]) S. oben zu Anfang dieses § 6. — Goldschmidt Not. 17.

in Geltung, der jedoch durch eine Mehrzahl von neueren Gesetzen Abänderungen und Ergänzungen erfahren hat.[43])

Es fehlt nicht an kommentarischen und systematischen Bearbeitungen, unter denen hervorzuheben ist **Namur,** cours de droit commercial; 2 vol. 1868.

Uebrigens ist eine umfassende Revision des Handelsrechts[44]) seit 1867 allmählich durchgeführt worden.[45])

7. **Das Königreich der Niederlande** besitzt seit dem 1. Oktober 1838, bis zu dem der Code de commerce Gesetz war, ein eigenes Handelsgesetzbuch unter dem Titel **Wetboek van Koophandel,** eine Revision des Code de commerce.[46]) Dasselbe wurde auch in Limburg 1842, dann später, jedoch mit einigen Modifikationen in den Kolonieen eingeführt, nicht aber in Luxemburg.[47])

Hinzukommen neuere Gesetze.[48]) Eine deutsche Uebersetzung des Gesetzbuchs ist **Schuhmacher,** Holländisches Handelsgesetzbuch von 1838, erschienen 1846.

Die Literatur ist reich. Von den bedeutenderen Werken sind: **de Wal,** het Nederlandsche handelsregt, 1861—1870; **Asser,** schets van het Nederlandsche handelsregt 1873[49]) und **Kist,** Beginselen van handelsregt volgens het Nederlandsche Wet. 1874—1877, 6 Bde. zu nennen.

8. **Das Königreich Griechenland** hat ein **eigenes Handelsgesetzbuch,** das fast nur eine Uebertragung der drei ersten Bücher des Code de commerce ist, publizirt am 1. Mai 1835. An Stelle des vierten Buchs des letztern ist ein besonderes Gesetz vom 14. Mai 1835 erlassen worden. Das griechische Handelsrecht wurde dann mit dem 21. März 1866 auch auf die Jonischen Inseln erstreckt.[50])

9. **In dem Fürstenthum Rumänien** wurde das am 1. Januar 1841 für die Wallachei erlassene, ebenfalls eng an den Code de commerce anschliessende Handelsgesetzbuch Gesetz vom 7. Dezember 1863 sammt einigen anderen den Handelsverkehr betreffenden Gesetzen auf ganz Rumänien[51]) als **Codicele de commerciŭ alŭ Tereĭ Romănesceĭ** eingeführt.

10. **Im Fürstenthum Serbien** gilt das wesentlich nach dem Code de Com-

---

[43]) Die wichtigsten s. bei Goldschmidt § 26, I. Weitere Uebersichten von Mittermaier Z. f. H.R. Bd. 20, S. 111; Bd. 21, S. 155; Bd. 22, S. 189; Anl. zu Bd. 23, S. 173; Bd 24, S. 183.

[44]) S. über diese Sachs, die Revision des belgischen H.G.Buchs, Beilage zu Z. f. H.R. Bd. 21 u. Harder, Arch. Bd. 37, S. 232.

[45]) S. die Nachweise aus der Z. f. H.R. in Not. 43 u. die Uebersicht bei Behrend § 10, I 5.

[46]) Ueber seine Eintheilung s. Goldschmidt § 26, II.

[47]) Thöl § 9, Nr. 6; Goldschmidt Not. 9.

[48]) Bis 1871 angeführt bei Goldschmidt a. a. O.; s. weiter Z. f. H.R. Bd. 19, S. 341; Bd. 20, S. 123; Anl. zu Bd. 23, S. 191.

[49]) Weitere Nachweise, auch über die Zeitschriften s. bei Goldschmidt a. a. O. — Ueber das Werk von Kist d. Z. f. H.R. Bd. 23, S. 320.

[50]) Thöl § 9, Nr. 16; Goldschmidt § 26, VI, woselbst auch Einiges über das zur Ergänzung dienende Civilrecht.

[51]) Thöl § 9, Nr. 14; Goldschmidt, § 26, VII, der auch die neueren Einzelgesetze anführt.

merce und der Deutschen Wechselordnung bearbeitete Handelsgesetzbuch, welches am 6. Februar 1860 publizirt wurde.[52])

11. **Die skandinavischen Staaten, Dänemark, Schweden und Norwegen,** haben bis jetzt **keine Kodifikation** des Handelsrechts, wohl aber zahlreiche in dasselbe einschlagende Einzelgesetze. Indessen dienen zum Theil die dort bestehenden allgemeinen Gesetzbücher als Grundlage; für Dänemark das Gesetzbuch König Christians V. vom 5. April 1683, für Schweden das allgemeine Gesetzbuch von 1734, für Norwegen das allgemeine Gesetzbuch vom 15. April 1687.[53]) Doch ist für Dänemark die Ausarbeitung eines Handelsgesetzbuchs im Werke.[54])

12. **Im grössten Theil des Russischen Reichs** besteht das sehr ausführliche **Russische Handelsgesetzbuch,** das den elften Theil der allgemeinen Gesetzsammlung Swod Sakonow bildet. Seine Geltung datirt vom 1. Januar 1835.[55]) Eine deutsche Uebersetzung hat geliefert: F. von **Schultz,** das Handelsgesetzbuch des Russischen Reichs (nach der Ausgabe von 1842) 1851.

In den Ostseeprovinzen kommt jedoch diesem Handelsgesetzbuch nur subsidiäre Geltung hinter dem Provinzialrecht zu, welches unter dem Titel: Liv-, Esth- und Kurländisches Privatrecht, auf Befehl des Kaisers 1864 zusammengestellt worden ist.

In Polen gilt noch der 1809 in dem Grossherzogthum Warschau eingeführte Code de commerce.

13. **In Grossbritannien** zeigt sich, da niemals ein umfassenderes Eingreifen der Gesetzgebung stattgefunden hat, ein nach unseren Begriffen verwickelter Zustand. Hauptsächlich beruht noch gegenwärtig das Handelsrecht Englands auf der Gewohnheit, dem common law.[56]) Daneben steht, als statute law bezeichnet, das durch die Gesetzgebung des Staates geschaffene Recht. Letztere hat wie früher, so auch in der Neuzeit eine grössere Reihe einzelner Materien geordnet.[57])

Allein die Anwendung dieser beiden Gruppen des englischen Rechts gestaltet sich verschieden in Irland und Schottland. Während in Irland das statute law nur zum Theil, dagegen das common law ganz gilt, gilt in Schottland das common law gar nicht, das statute law nur zu geringem Theil. Schottland hat also wesentlich sein eigenes Recht. Noch verschiedenartiger ist der Rechtszustand der Kolonieen, auf die sich zwar in der Regel das common law, aber das statute law nur mit Unterscheidung erstreckt, oder die theilweise, wie insbe-

---

[52]) Goldschmidt § 26, VIII.

[53]) Thöl § 9, Nr. 7—9; Goldschmidt § 29.

[54]) Die wichtigsten Gesetze und Erscheinungen der Literatur s. bei Goldschmidt a. a. O.; dann aber auch die ausführlichen Uebersichten von Aubert, Z. f. H.R. Bd. 18, S. 479; Bd. 21, S. 173; und Beilage zu Bd. 23, S. 213.

[55]) Thöl § 9, Nr. 10; Goldschmidt § 28.

[56]) S. oben § 5, V.

[57]) Goldschmidt § 30, Nr. 2 a. E. — S. ausser den das. Not. 6 a. E. angeführten Berichten über die englische Gesetzgebung weiter Mittermaier Z. f. H.R. Bd. 20, S. 98; Bd. 21, S. 135; Bd. 22, S. 157; Beilage zu Bd. 23, S. 134. 152.

sondere Niederkanada in dem civil Code of Lower Canada vom 26. Mai 1866 und Oberkanada in den consolitaded statutes for Upper Canada, eigene Gesetze haben. Am buntesten sieht es in Ostindien aus, wo je nach der Nationalität der Bewohner deren besonderes Recht, also das englische nur für Engländer und Angloindier, zur Anwendung gelangt.[58])

Aus der **Literatur** ist als umfassendere Darstellung hervorzuheben: **I. W. Smith,** a compendium of mercantile law; 9. ed. 1877.

14. **Die vereinigten Staaten von Amerika** sind zu einer Kodifikation noch nicht gelangt. Als Grundlage dient das englische common law. Dann existiren einige allgemeingültige Spezialgesetze. Im Uebrigen handelt es sich um die mehr oder minder nachhaltige, mehr oder minder eingehende Gesetzgebung der einzelnen Unionsstaaten und Territorien. Die englische Praxis und Literatur wird, wenn auch nicht unbedingt befolgt, doch thatsächlich viel benutzt. Unter dem Einfluss des amerikanischen Rechts stehen auch die Sandwichs-Inseln und die Republik Liberia.[59])

Aus der **Literatur** geniessen vorzugsweise Ansehen 1) **F. Kent,** commentaries on American law, 12 ed. 1873, und 2) die Abhandlung über einzelne Materien von **F. Story.**

15. Ein kodifizirtes Handelsrecht fehlt bis jetzt auch **der Schweiz.** Nur über einzelne, das Handelsrecht betreffende Gegenstände sind Bundesgesetze erlassen worden oder Konkordate der Kantone zu Stande gekommen.[60]) Seit 1848 trägt man sich mit dem Plan einer umfassenden Gesetzgebung. Es ist der Entwurf eines Schweizerischen Handelsrechts, ausgearbeitet von Munzinger, 1865 erschienen. Daraus ging dann der Entwurf eines Schweizerischen Obligationenrechts, in den Jahren 1869—1872 bearbeitet. Allein im Zusammenhang mit den Arbeiten einer Revision der Bundesverfassung musste eine neue Revision auch jenes Entwurfs eintreten. Das Ergebniss derselben liegt nunmehr vor als „Schweizerisches Obligationen- und Handelsrecht (Art. 64 der Bundesverfassung). Entwurf des eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, bearbeitet auf Grundlage der Berathungen und Beschlüsse einer Kommission. Juli 1879", der durch eine Botschaft des Bundesraths vom 27. November 1879 der Bundesversammlung vorgelegt worden ist.[61]) Die weiteren Schicksale bleiben zu erwarten.

Vorerst bewendet es also noch bei dem Partikularrecht der Kantone. Unter diesen lassen sich verschiedene Gruppen unterscheiden. Gar kein kodifizirtes Privat- oder Handelsrecht haben Basselland, Schwyz und Uri. Civil- oder Handelsrechtsgesetzbücher nach dem Muster des französischen Code

---

[58]) Goldschmidt das. Nr. 4.

[59]) Thöl § 9, III; Goldschmidt § 31.

[60]) Goldschmidt § 25, I. — S. über diese Resultate der Gesetzgebung die das. Not. * citirten Abhandlungen von Fick und Munzinger, sowie weiter Beil. zur Z. f. H.R. Bd. 23, S. 119 ff.

[61]) Die Botschaft enthält unter I, §§ 1—4 eine ausführliche Schilderung der seitherigen Geschichte, aus der der Bericht Goldschmidt's § 25, I zu ergänzen ist, sowie auch Hinweise auf die Kritiken u. s. w.

gelten in Genf, einem Theil von Bern, Tessin, Neuenburg, Waadt, Freiburg und Wallis; in den übrigen Kantonen selbständige Gesetzbücher, bei denen namentlich die deutsche Rechtsauffassung und Gesetzgebung berücksichtigt worden ist. [62])

16. Was **die Staaten von Centralamerika** betrifft, so gelten a) **in Guatemala** und **Honduras** noch die Ordenanzas de la illustre universidad y casa de contratacion de la villa de Bilbao, von Philipp V 1737 bestätigt. [63]) b) **Mexico** hat ein H.G.Buch vom 16. Mai 1854, c) **Salvador** ein H.G.Buch vom 1. Dezember 1855, d) **Nicaragua** ein H.G.Buch vom 12. März 1869, e) **Costarica** ein H.G.Buch vom Jahr 1850, die sämmtlich dem Spanischen Código de commercio entsprechen. [64]) f) **Haiti** hat ein H.G.Buch vom 1. Juli 1827, das sich dem Code commerce anschliesst. [65])

17. **Von den südamerikanischen Staaten** sind a) einige mit **Gesetzbüchern** versehen, **die sich an das Spanische H.G.Buch halten**; so **Columbia** mit dem H.G.Buch vom 1. Juni 1853, **Peru** mit dem H.G.Buch vom 30. April 1853, **Bolivia** mit dem H.G.Buch vom 12. November 1834. [66]) **In Ecuador** wird geradezu nach dem spanischen Handelsgesetzbuch verfahren. [67]) b) Andere besitzen **Handelsgesetzbücher, bei deren Ausarbeitung zugleich andere Muster in Berathung gezogen wurden** oder sonst selbständiger verfahren worden ist; so **Venezuela** das H.G.Buch vom 29. August 1862, **Brasilien** das H.G.Buch vom 25. Juni 1850, **Chile** das H.G.Buch vom 23. November 1864, **die Argentinische Republik** das H.G.Buch vom 10. September 1862, **Banda Oriental del Uruguay** das H.G.Buch vom 26. Mai 1865. [68]) c) **In Paraguay** gelten die Ordenanzas de Bilbao. [69])

18. Was endlich das in den **muhamedanischen Staaten** anzuwendende Recht anlangt, so kommen hier zugleich die Gerichtsbarkeitsverhältnisse wesentlich mit in Betracht, da insoweit, als Konsulargerichtsbarkeit existirt, in den Konsulargerichten bei Rechtsstreiten zwischen Angehörigen des betreffenden Staates oder gegen einen solchen als Beklagten regelmässig deren einheimisches Recht zur Anwendung gebracht wird. Demgemäs verfahren und entscheiden die deutschen Konsulargerichte nach deutschem Recht. [70]) Soweit die internationalen

---

[62]) S. die Liste bei Thöl § 9, Not. 10, 14 u. ausführlicher mit Angabe der Literatur Goldschmidt § 25, II; über Sammlungen u. Zeitschriften das. III.

[63]) S. über deren Entstehung Goldschmidt § 8a, II.

[64]) S. im Näheren Goldschmidt § 32, I, IV, VI, VII.

[65]) Goldschmidt § 32, II.

[66]) Goldschmidt § 32, VIII, XII, XIII.

[67]) Goldschmidt § 32, X.

[68]) Goldschmidt § 32, IX, X, XIV, XV, XVII.

[69]) Goldschmidt § 32, XVI. S. oben Not. 63.

[70]) S. das Preuss. Ges. vom 29. Juni 1865, Bundesges. vom 8. November 1867 § 22 u. Reichsges. vom 22. April 1871 § 3, 12; dazu die Instruktion vom 1. Mai 1872. — S. auch über die Einrichtung der Konsulargerichte R.Ges. vom 10. Juli 1879 § 5 ff.; Geltung der R.C.P.O. § 14 ff.; sammt Instruktion des Reichskanzlers. — Vgl. überhaupt Laband, Staatsrecht des deutsch. Reichs Bd. 1, S. 366; Bd. 2, § 70, II.

Verträge anders bestimmen, oder von den eigenen Gerichten des betreffenden Staats zu erkennen ist, liefert das dortige Recht die Entscheidungsnorm.

a. **Für die Türkei** besteht dieses in dem 1850 in französischer Sprache publizirten Code de commerce, der fast ganz mit Buch 1, 3 des französischen übereinstimmt, dem Anhang dazu, Appendice vom 18. bzw. 30. April 1860 und dem Code de commerce maritime Ottoman von 1864.[71])

b. **In Egypten** gilt das eben erwähnte neuere türkische Recht. Indessen hat hier eine eigene Regelung der Gerichtsbarkeitsverhältnisse stattgefunden.[72])

c. **In Persien** bestehen nur Handelsgebräuche.[73])

d. **In Marokko und Tripolis** entscheiden über Streitigkeiten zwischen In- und Ausländern die Konsulargerichte, **in Tunis** ein gemischter Gerichtshof. An sich gilt muhamedanisches Recht.[74])

---

[71]) Goldschmidt § 27, I.

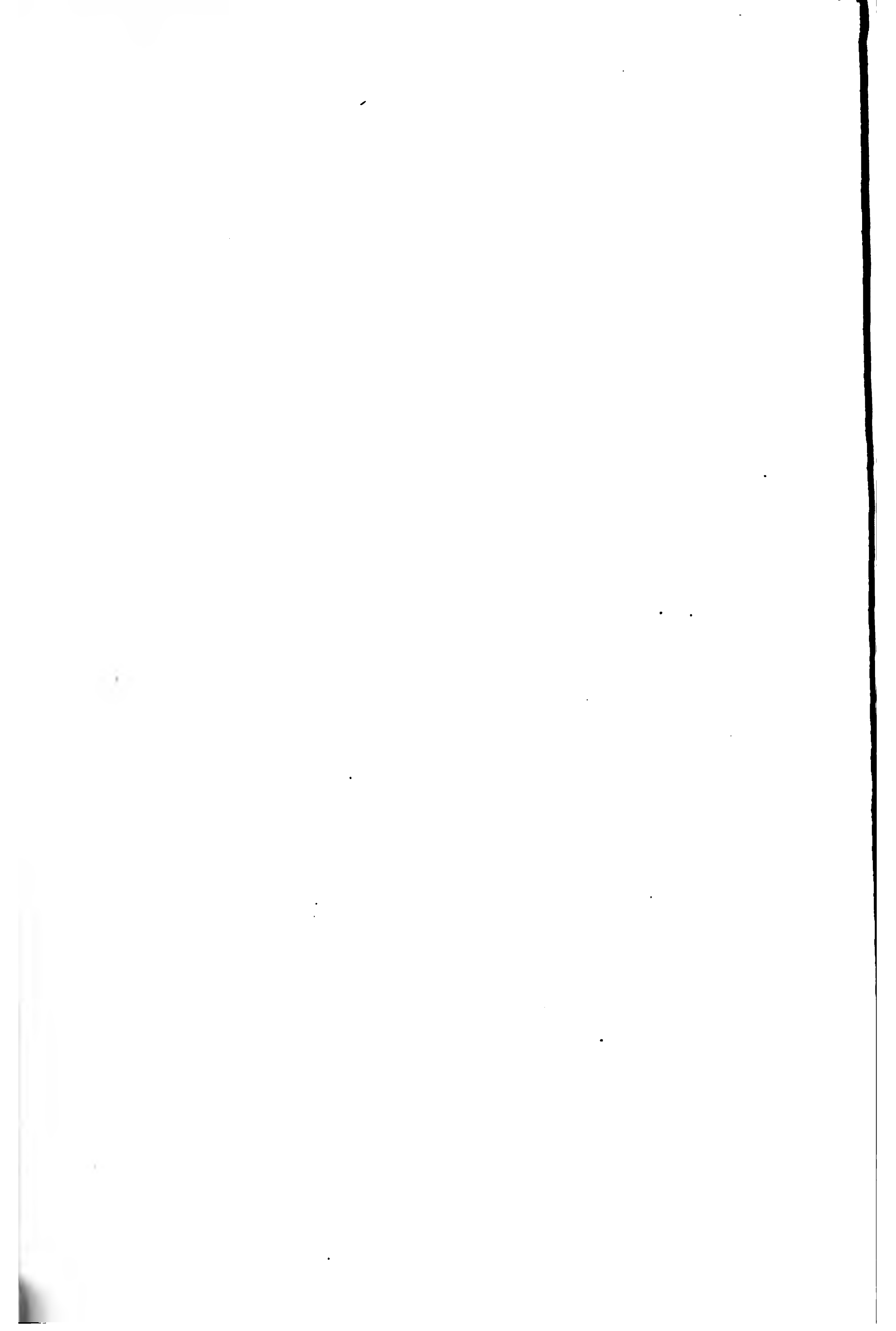
[72]) R.Ges. vom 30. Dezember 1874 und Kaiserl. V.O. vom 23. Dezember 1875. — Vgl. v. Rönne, Staatsrecht des D. Reichs Bd. 2a, S. 239.

[73]) Ueber die Gerichtsbarkeit der d. Konsule s. Staatsvertrag vom 11. Juni 1873, Art. 13.

[74]) Goldschmidt § 27, III.

Erstes Buch.

Die Personen des Handelsrechts.



Abschnitt 1.

Von den Kaufleuten.

(Bearbeitet von Herrn Ministerialrath Dr. Freiherrn von Völderndorff zu München.)

I. Der Kaufmann.

A. Begriff desselben.

§ 25.

1. Begriff im Allgemeinen.

Der Begriff des „**Kaufmanns**“ setzt den Begriff des „Handels“ voraus; aber er ist nicht **mit** demselben schon gegeben. Denn der Handel an sich erfordert nur zwei Personen: denjenigen, welcher eines Gutes bedarf, das er nicht hat und denjenigen, welcher ein Gut hat, dessen er nicht bedarf. Und nachdem jedes „Bedürfen“ in seinen letzten Gründen begrifflich nothwendigerweise ein „Bedürfen zum Zwecke der Konsumirung“ ist, jedes „Haben“ aber schliesslich auf dem „Produzirt-haben“ gründet, das heisst auf Verwendung von Arbeit an eine Sache (sei es auch nur Arbeit des Occupirens), so genügt zum Handel der Umsatz von Gütern zwischen einem Produzenten und einem Konsumenten.[1]) Findet zwischen diesen beiden Personen ein Austausch des gehabten und des begehrten Gutes statt, so ist „Handel“ vorhanden, noch aber stellt sich keiner der „Handelnden“ als Kaufmann dar. Auch dann noch nicht, wenn sich zwischen jene Beiden ein Dritter einschiebt, als Vermittler zwischen dem, der hat, und dem, der bedarf. Denn dieser Dritte, indem er den Umtausch der Güter, „in die Hand“ nimmt und so denselben aus dem engen Kreise eines Austausches von Sachen zwischen Nachbar und Nachbar heraushebt, ist zwar „**Händler**“, er heisst allenfalls auch — im weitesten Sinne des Wortes[2]) — ein „**Handels-**

[1]) Endemann, deutsches Handelsrecht § 1, Not. 1 und oben die Einleitung § 1; auch Behrend Lehrbuch des Handelsrechts § 1.

[2]) Endemann a. a. O. § 13.

mann". [3]) Allein deshalb allein, weil er in diesem Handelsgeschäfte thätig ist, wird er noch nicht zum Kaufmann.

Ein solcher, ein **Kaufmann** im technischen Sinn ist vielmehr nur, wer aus dem Handel Beruf macht, wer gewerbemässig handelt, **wer Handel treibt.** Der Kaufmann stellt sich zur Aufgabe, einerseits das Bedürfniss und anderseits die Befriedigungsmittel für das Bedürfniss aufzusuchen; [4]) seine Thätigkeit besteht darin, die Güter, wie sie der Einzelne bedarf, zur rechten Zeit und am rechten Orte darzubieten. Aber indem er diese Thätigkeit zum **Gewerbe** macht, handelt er mit dem Zwecke, einen **Erwerb** zu machen und zugleich in der Absicht, für sich selbst **Gewinn** zu erzielen. [5]) **Den Handel bewegt die Spekulation,** [6]) die Gewinnabsicht ist der innere Motor des Kaufmanns, [7]) wenn auch die „Spekulationsabsicht" als rechtliches oder faktisches Moment zum Begriffe desselben nicht gehört. [8]) Diesem bisher entwickelten Begriffe nach ständen sich also gegenüber: diejenigen, welche durch den Absatz der Waaren Gewinn zu machen suchen, **die Kaufleute,** und diejenigen, welche durch den Erwerb der Waaren ihre wirthschaftlichen Bedürfnisse zu befriedigen trachten, die **Kunden.** [9]) Allein für den rechtlichen Gebrauch wäre der in dieser Form der Gegenüberstellung sich ergebende Begriff des Kaufmannes theils zu weit, theils zu eng. Zu weit; denn es wird darin nur „der **Absatz** der Waaren" erwähnt, aber keine Rücksicht genommen auf die Art wie der Verkaufende seinerseits sich die Waare verschafft hat. Zu eng; denn es wird darin nur „der Absatz der **Waaren**" erwähnt.

---

[3]) Vgl. Grimm, deutsches Wörterbuch, Bd. IV, Abth. II. Ehedem war hiefür auch das Wort „Handthieren" gebräuchlich, z. B. Bayerische Landes-Polizey-Ordnung von 1616, Tit. 1, Art. I u. XIX „dem Bauersmann soll die Handierung mit Osterwein nicht gestattet sein." Schmeller Lexikon s. h. v. bemerkt: Handierer ist jeder Professionist, Handwerker; technisch aber der aus „Kaufen und Verkaufen" Profession macht.

[4]) Daher „marchand", welches nicht mit mercator zusammenhängt, sondern mit der Wurzel „marcher"; marchand ist: „qui marche pour chercher quoi acheter et vendre." (Dalloz.)

[5]) Deshalb definirt Straccha (vgl. Goldschmidt § 48, Not. 1): Mercator est qui negotiationis seu negotiationum exercendarum quaestusque liciti faciendi causa frequenter merces permutat seu emit et easdem ... distrahit.

[6]) Vgl. Anschütz und Völderndorff, Commentar zum A. D. H.G.B. Bd. I, S. 8. — Vgl. oben § 14, Not. 3.

[7]) Aber man erinnere sich hiebei an die schönen Worte des Dichters:

„Euch, Ihr Götter, gehört der Kaufmann; Güter zu suchen
Geht er; doch an sein Schiff knüpfet das Gute sich an."

[8]) Vgl. hierüber oben S. 57 u. 61 und auch Endemann, H.R. § 1, Nr. 4 und ebenso Behrend, Lehrbuch S. 5, Not. 5. Es wird mit Recht bemerkt, dass selbst für die Definition des „Handels" ein rechtlich durchschlagendes Kriterium aus der Absicht Gewinn zu machen, nicht gezogen werden könne. In abstracto, für den ganzen Betrieb wird diese Absicht stets vorhanden sein, denn man treibt nicht ein „Gewerbe" ausser um daraus Vortheil zu ziehen. In concreto kann dagegen selbst die Absicht, Schaden zu erleiden, vorliegen (z. B. Abgabe der Waaren unter dem Selbstkostenpreis, Ausverkauf u. s. w.). Die Unterscheidung zwischen Absicht „einen Erwerb zu machen" und derjenigen auf „pekuniären Gewinn" wird sehr scharf durchgeführt in dem Erk. des R.O.H.G. Sammlung Bd. III, S. 407 ff.

[9]) Im gewöhnlichen Leben auch „das Publikum" genannt.

und keine Rücksicht genommen, dass wirthschaftliche Bedürfnisse im Handel und Wandel vorkommen, welche durch Anderes als „Waare" [10]) gedeckt werden müssen.

A. Was nun das zuerst erwähnte Moment betrifft, das dem „Absatze" vorangehende **Erlangen** der Waare, so hat man mitunter vier Kriterien für dasselbe aufgestellt, bei deren Vorhandensein allein die Eigenschaft eines Kaufmannes gegeben sein solle; aber nur zwei davon entsprechen dem gegenwärtigen Rechte. Indem man nemlich als „Kaufmann" lediglich denjenigen ansehen wollte, **welcher auf eigene Rechnung von Anderen bezogene bewegliche körperliche Sachen weiter verkauft,** [11]) unterschied man von ihm vor Allem den **Geschäftsmann**, welcher An- und Verkauf von Immobilien gewerbemässig betreibt, und den **Produzenten,** welcher (wenn auch gewerbemässig) seine Waaren nicht „von Anderen erwirbt", sondern selbst erzeugte oder erarbeitete Sachen weiter verkauft; [12]) man unterschied ferner den **Handelsmann**, welcher seine Waaren nicht „bezieht", sondern am Platze selbst anschafft, und den **Kommissionär,** welcher nicht Properhandel treibt, die Waaren nicht „auf eigene Rechnung" bezieht. Indessen liegt weder ein durchschlagendes inneres Motiv vor, diesen beiden letzteren Handeltreibenden die Eigenschaft eines Kaufmannes abzusprechen, noch auch spricht das gegenwärtig geltende Recht ihnen die Kaufmannseigenschaft ab. Ob ich die Waare, welche ich gewerbemässig weiter verschleisse, da oder dort eingekauft habe, kann offenbar an der rechtlichen Natur dieses Weiterverschleisses ebensowenig Etwas ändern, als die Thatsache, dass nicht ich allein, sondern ein Anderer mit mir Gewinn oder Verlust des Geschäftes trägt. Anders aber verhält es sich mit den beiden ersterwähnten Ausnahmen. Immobilien sind hergebrachtermassen und (wie bereits erörtert) [13]) nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift nicht als „Waare" zu erachten; Kauf und Verkauf von Liegenschaften und diesen gleichgeachteten Dingen sind keine Handelsgeschäfte und daher wer sich damit gewerbemässig beschäftigt, kein Kaufmann. Insoweit aber die erstere Voraussetzung nicht zutrifft, kann ohngeachtet der Beziehung der Gewerbethätigkeit auf Immobilien dieselbe als eine kaufmännische anzusehen sein. Entscheidend ist, ob das Objekt, auf welches sich die gewerbemässig geübte Handelsthätigkeit bezieht, als bewegliches oder als Bestandtheil eines Immobile in die Absicht des Handelnden tritt.

Demnach ist Kaufmann:

a) wer gewerbemässig Gegenstände anschafft, in der Absicht sie als bewegliche weiter zu veräussern, wenn auch dieselben beim Geschäftsabschlusse

---

[10]) „Waare ist eine zum Umtauschen bestimmte Sache" (vgl. Roscher, System der Volkswirthschaft Bd. I, § 95 u. Thöl, Handelsrecht Bd. 1, § 12, Nr. III) und zwar „bewegliche Sache" (vgl. Endemann a. a. O. § 75 Nr. III, Not. 9); „mercis appellatio ad res mobiles tantum pertinet" (fr. 66 de V.S.)

[11]) Vgl. Brinkmann, Lehrbuch des Handelsrechts S. 11, Not. 2.

[12]) S. oben die Einleitung § 14, S. 58.

[13]) Vgl. oben § 17.

mit Grund und Boden verbunden sind,[14] nicht aber wer bewegliche Gegenstände anschafft in der Absicht sie mit Grund und Boden zu verbinden und dann zu veräussern;[15]

b) wer gewerbemässig Gegenstände, die er hiezu anschafft, als bewegliche veräussert, wenn auch der Erwerber die Absicht hat, sie mit Grund und Boden zu verbinden,[16] nicht aber wer Immobilien anschafft in der Absicht, Bestandtheile derselben nach Abtrennung als bewegliche zu veräussern.

Wenn aber wie erwähnt das Geschäft mit Immobilien seiner Natur nach, wegen der Beschaffenheit seines praktischen Objektes kein „Handels"-Geschäft ist, wird dagegen der Produzent[17] nicht durch Momente, die in der Sache selbst liegen, sondern nur in Folge der positiven Legislation[18] aus dem Kreise der Kaufleute ausgeschlossen. Aus diesem Grunde erstreckt sich dieser Ausschluss auch nicht weiter, als das Gesetz ausdrücklich bestimmt;[19] nur insofern den Erwerbungs-Geschäften der Karakter von absoluten Handelsgeschäften abgesprochen ist, macht deren gewerbemässiger Betrieb nicht zum Kaufmann. Der Fabrikant ist demnach nur insoweit ein Nichtkaufmann, als er die von ihm verarbeiteten Gegenstände weder dem Haupt- noch dem Nebenmaterial nach anschafft, sondern beides selbst produzirt. Uebrigens macht die wenn auch gewerbemässige Anschaffung von blossen Hülfsmitteln, welche ein Produzent betreibt, um mit denselben seine Produkte entweder zu erzeugen[20] oder nur umzugestalten,[21] ihn nicht zum Kaufmann.

Dem Vorhergehenden gemäss verengert sich nach gegenwärtigem deutschem Rechte der oberwähnte Gegensatz gegenüber den **Kunden** dahin, dass nicht Jeder, welcher durch den Absatz von Waaren Gewinn zu machen sucht, als Kaufmann im technischen Sinne des Wortes angesehen wird, sondern nur derjenige, welcher **bewegliche** Sachen[22] weiter veräussert, die er selbst **von Anderen bezogen** hat.

---

[14]) Vgl. oben S. 91, III A; also der Spekulant, welcher die Stämme im Walde zum Abholzen, Gebäude auf den Abbruch kauft, der Ziegeleibesitzer, welcher Grundstücke zum Ablehmen, der Brennmaterialienhändler, welcher Wiesen zum Abtorfen pachtet u. s. w.

[15]) Vgl. oben S. 90, Not. 25.

[16]) Vgl. oben S. 91, Not. 42.

[17]) Dem „Kauf" und der „anderweitigen Anschaffung" wird (vgl. oben § 14, I A. 1. S. 57) ausser der Produktion auch der Erwerb durch Finden, Erbeutung, Liberalitäten, Delikte u. s. w. entgegengesetzt. Diese Arten des Erwerbes kommen für den Kaufmannsbegriff schon deswegen nicht in Betracht, weil ihnen rechtlich das Moment der „Gewerbemässigkeit" niemals innewohnen kann.

[18]) S. oben S. 58, Not. 13 u. 14.

[19]) Und zwar ist unter „Produktion" im Sinne des Gesetzes nicht jenes Produziren zu verstehen, welches im volkswirthschaftlichen Sinn (vgl. Roscher, Volkswirthschaftslehre § 30) in der Umstellung und Umformung der schon vorhandenen Güter besteht (vgl. oben S. 59, Not. 28), sondern nur (wie oben des Näheren ausgeführt ist, vgl. S. 57 u. 58) die Aneignung von Naturgaben durch Arbeit, sei es durch kurze (Occupation) oder länger dauernde (Aufschliessen des Bodens und seiner Kräfte).

[20]) Insbesondere indem die Hülfsmittel in Immobilien verwendet werden, vgl. oben S. 62, Not. 55 u. 56.

[21]) Vgl. die nähere Ausführung dieses Satzes oben S. 63, Not. 61 u. 62.

[22]) Vgl. hierüber oben S. 60, Nr. 2.

B. Wenden wir uns nun zu dem zweiten der oben angeführten Momente, so finden wir, dass sich eine Vermittlung der Befriedigung wirthschaftlicher Bedürfnisse auch ausserhalb des eigentlichen Handels-Kaufes und Verkaufes denken lässt. Somit erweitert sich der Begriff des Kaufmanns, indem hierunter alle jene Personen gerechnet zu werden pflegen, welche sich mit solcher nationalökonomischer Vermittlung gewerbemässig befassen. In dieser Richtung hängt indessen Alles vom jeweiligen Kulturzustande ab; das positive Recht allein gibt Mass, welche derartige vermittelnde wirthschaftliche Thätigkeit als kaufmännische rechtlich erachtet wird, welche nicht.

§ 26.

2. Die Begriffsbestimmung des H.G.Buchs.

Das gegenwärtige positive deutsche Recht gibt keine Definition des Kaufmanns. „So lange das Handelsrecht ein eigenthümliches Recht des Kaufmannsstandes war, musste nothwendig bestimmt werden, wer als Kaufmann diesem Stande angehören konnte;“ [1]) seitdem aber die Kaufleute als solche keine sociale Klasse mehr bilden, denen gewisse politische, gemeindliche und gewerbliche Rechte und Pflichten obliegen, bedarf es nur einer Feststellung darüber, wer jene privatrechtlichen Rechte geniessen, wer jenen privatrechtlichen Pflichten unterworfen sein soll, welche zu ihrem Begründetsein die Person eines Kaufmanns bedürfen. Deshalb sagt das A. d. H.G.B. nicht: „Kaufmann ist,“ sondern „als Kaufmann im Sinne dieses Gesetzbuches ist anzusehen.“ Nur ist inzwischen das Geltungsgebiet der kaufmännischen Rechte und Pflichten über das Handelsgesetzbuch hinaus erweitert, indem überhaupt im gesammten Rechtsgebiete als „Kaufmann“ derjenige behandelt wird, [2]) welcher im Sinne des Handelsgesetzbuches als solcher erscheint. [3])

Indem aber das A. d. H.G.B. in Art. 4 bestimmt: „Als Kaufmann im Sinne dieses Gesetzbuches ist anzusehen, wer gewerbemässig Handelsgeschäfte treibt,“ nimmt dasselbe den Begriff des „Handelsgeschäftes“ in die Definition des Kaufmannes auf; wir müssen deshalb, um die letztere rein zu erhalten, den ersteren auflösen und den Inhalt der Art. 271 u. 272 des A. d. H.G.B. einschalten, wie dieser oben (§ 14, S. 56 ffg.) im Einzelnen erörtert ist. Be-

---

[1]) Endemann § 13, I; woselbst auch in Not. 1 die geschichtlichen Unterschiede zwischen negotiator und mercator legalis erwähnt werden. Wegen der Differenzbestimmung zwischen dem mercator u. usuranius vgl. auch Goldschmidt (2. Aufl.).

[2]) Vgl. z. B. (die freilich jetzt aufgehobenen) §§ 2, 8 ffg. des Reichsstrafgesetzbuches. Meistens ist dieser Satz in den Einführungsgesetzen zum A. d. H.G.B. enthalten, z. B. Art. 6 des Bayer. Einf.-Gesetzes; vgl. auch Art. 27 des Preuss. Einf.-Gesetzes.

[3]) Einigermassen eine Einschränkung erleidet dies im Hinblicke auf Titel VI des ersten Buches des A. d. H.G.B. In diesem ist der historische, der herkömmliche Begriff des „Kaufmannes“ zu Grunde gelegt nicht die Definition in Art. 4. Vgl. das Erk. des R.O.H.G. in der Sammlung, Bd. XXIV. S. 271.

trachten wir hiernach die zum Kaufmannsbegriffe enthaltenen Momente näher, so ergibt sich Folgendes:

I. Das Gesetz sagt: „Wer Handelsgeschäfte gewerbemässig treibt;“ also wer immer diese Thätigkeit ausübt. Kaufmann kann demnach sein ein Mann oder eine Frau,[4]) ein Einzelner oder Mehrere in Gemeinschaft,[5]) eine physische Person oder eine juristische. Diese letztere Modalität erfordert eine genauere Besprechung. Da nemlich das Gesetz denjenigen, welcher gewerbemässig Handelsgeschäfte betreibt, nicht „als Kaufmann“ erklärt,[6]) sondern nur ausspricht, es seien die Vorschriften des Gesetzbuches über Kaufleute auf jeden gewerbemässig Handelsgeschäfts-Treibenden anwendbar, so kann man nicht sagen, eine juristische Person ist deshalb, weil sie Handelsgeschäfte gewerbemässig treibt, an und für sich Kaufmann. Vielmehr muss man diesen Satz dahin einschränken: soweit eine Korporation u. s. w. Handelsgeschäfte gewerbemässig treibt, muss sie sich den Pflichten des Kaufmanns unterwerfen und hat sie die Rechte des Kaufmanns.[7]) Dieses vorausgesetzt begegnet man keinen Schwierigkeiten in der Subsumtion. Insbesondere wird man nicht zweifeln können, dass der Staat auch als Post- und Telegraphenanstalt[8]) und in seinem Eisenbahnbetrieb als kaufmännisches Institut zu behandeln ist. Man hat zwar verschiedene Bedenken hiegegen geltend zu machen versucht, indem man einestheils das Nichtvorhandensein der Konkurrenz, anderntheils den Zweck des Betriebes solcher Gewerbe durch den Staat, Gemeinde u. s. w., welcher nicht im Gewinn, sondern in Rücksichten des öffentlichen Wohles bestehe, geltend machte. Indessen sind diese Einwendungen in Wissenschaft[9]) und Praxis[10]) ebensowenig für zutreffend erkannt, als die Argumentation, welche aus dem Umstande, dass im zweiten Absatz des Art. 5 des A. d. H.G.Buchs nur die öffentlichen Banken als unter die Bestimmungen des Gesetzes in Betreff der Kaufleute fallend erklärt

---

[4]) Verbum hoc „si quis“ tam masculos quum feminas complectitor. fr. 1, de V.S.

[5]) Hierüber bedurfte es der besonderen Bestimmung in Art. 5 des A. d. H.G.B. deshalb, weil die Gesellschaft nicht als „Person“ erscheint.

[6]) Das heisst: nicht eine Personenqualität damit schafft, nicht eine status-Aenderung aufstellt.

[7]) Das Deutsche Reich ist kein „Kaufmann“, obwohl es eine Bank betreibt u. obwohl Reichseisenbahnen bestehen. Vgl. Völderndorff Commentar Bd. I, S. 35.

[8]) Was die Post betrifft, so hat man Zweifel aus der Natur des Speditionsgeschäftes erhoben. Diese widerlegt ein Erk. des O.H.G. in der Sammlung Bd. XXIII, S. 16 ffg. In den Gründen heisst es unter Anderem: „man kann zwar nicht annehmen, dass die Post bei dem Debit der Zeitungen in eigenem Namen, sei es für eigene, sei es für fremde Rechnung als Käuferin oder Verkäuferin auftrete. Allein die Beförderung ist ein Frachtgeschäft u. die Zeitungen (wenn auch nicht die Postkarten und Briefe) sind „Güter“. Uebrigens würden die Debitirungsgeschäfte auch abgesehen von ihrem Zusammenhange mit dem Transportgeschäfte nach Art. 272 Nr. 4 als Handelsgeschäfte anzusehen sein, als Vermittlung u. Abschliessung von Handelsgeschäften für die Verleger.“

[9]) Vgl. Goldschmidt, Handbuch; Endemann S. 55, Not. 5; Völderndorff, Commentar, Bd. I, S. 38 ff.; Hahn, Commentar (I. Aufl.) Bd. 1, S. 13.

[10]) Vgl. das Erk. des R.O.H.G. in der Sammlung Bd. III, S. 405 über Staatseisenbahnen; Bd. XXIII, S. 9 über die Postanstalt.

sind, folgern wollte, es seien sonstige öffentliche Gewerbeinstitute von der kaufmännischen Eigenschaft ausgeschlossen. [11]) Immerhin aber werden die beiden sofort zu besprechenden Momente der Gewerbemässigkeit und des Betriebes vorhanden sein müssen, was bei Wohlthätigkeitsanstalten zum Beispiel nicht der Fall ist. [12])

II. Das Gesetz sagt ferner: „Wer **gewerbemässig** Handelsgeschäfte treibt;" als entscheidendes Kennzeichen erscheint demnach nicht der Betrieb als solcher, sondern dessen Gewerbe**mässigkeit.** Aber auch nur diese, nicht die Zugehörigkeit zu einem Gewerbe**stande.**

Der Betrieb ist wie oben (S. 68) dargelegt, ein gewerbemässiger, wenn der Wille des Handelnden von vornherein nicht auf den Abschluss eines einzelnen oder einzelner Geschäfte, sondern auf den Abschluss einer ganzen Reihe zusammengehöriger Handelsgeschäfte gerichtet ist, wenn der Betrieb als dauernde Einnahmsquelle, als ein regelmässiger im Gegensatze zu einem blos gelegentlichen und auf momentanen Gewinn gerichteter erscheint, [13]) wenn überhaupt der Handelnde in solcher Thätigkeit seinen Beruf sowie die Nutzbarmachung seines Vermögens und seiner Arbeitskräfte findet, wenn er seine sociale Existenz durch das „Handeltreiben" zu begründen sucht.

Der äusseren Erscheinung nach drückt sich die Gewerbemässigkeit aus durch das **Etablissement.** [14]) Der Gewerbebetrieb muss thatsächlich stattfinden. [15]) Ob dies der Fall, ist der Entscheidung des Richters nach vernünftigem auf die begleitenden Umstände des Falles gestützten Ermessen [16]) zu überlassen. Ein strikter Beweis hierfür wird nicht gefordert werden können. Eröffnung eines Ladens, eines Comtoirs, eines Magazines lassen sich ebenso wie öffentliche Ankündigungen des Betriebes (durch Annoncen, Circulare, Aushängschilder) als Vermuthungen [17]) für die faktische Ausübung des Gewerbes ansehen, allein nothwendig ist [18]) all diess ebensowenig, wie die Beobachtung der unter den Kaufleuten üblichen oder für dieselben vorgeschriebenen Förmlichkeiten. [19]) Auch auf die **Erklärung** und nicht einmal auf die **Absicht** dessen, welcher den Gewerbebetrieb ausübt, kommt es

---

[11]) Vgl. Protokolle der Handelsgesetzgebungs-Commission S. 1260.

[12]) Das heisst, in sofern eine solche nur den Zweck verfolgt, Güter anzuschaffen um sie zu verschenken. Wenn sie aber Handelsgeschäfte in der Absicht betreibt, den daraus hervorgehenden Gewinn zu wohlthätigen Zwecken zu verwenden, muss sie als kaufmännisches Institut allerdings angesehen werden.

[13]) Erk. des R.O.H.G. in der Sammlung Bd. XIV, S. 118.

[14]) Endemann, a. a. O. § 16, II.

[15]) Wenn auch nicht „effektiv"; der Kaufmann bleibt Kaufmann, auch wenn er Wochenlang Nichts verkauft.

[16]) Ein Erkenntniss des Oberhofgerichtes zu Mannheim v. 3. Oktober 1865 (Busch, Arch. Bd. XVIII, S. 472) nimmt z. B. Bezug auf die fortgesetzte ausgedehnte Geschäftsverbindung des Beklagten, auf die Zahl und die Werthbeträge seiner einzelnen Geschäfte u. s. w.

[17]) Gegen welchen Gegenbeweis zulässig ist.

[18]) „Es gibt viele heimliche Kaufleute." Thöl, S. 134, Nr. 5.

[19]) Z. B. Eintrag im Register (welcher übrigens auch als Vermuthung dienen kann), vgl. Busch, Arch. Bd. XX, S. 113. Zahlung der Gewerbesteuer u. s. w. vgl. unten.

an; das heisst wenn die thatsächlichen Verhältnisse den Willen eines dauernden Erwerbes durch Handelsgeschäfte erkennen lassen, wird die Einrede, es liege eine andere Absicht vor, nicht gehört.[20])

III. Das Gesetz sagt endlich: „Wer gewerbemässig Handelsgeschäfte **treibt.**“ Es steht also nur demjenigen die Kaufmannseigenschaft zu, welchen der Betrieb des Handels in seiner eigenen rechtlichen Persönlichkeit angeht. Mit anderen Worten: Kaufmann zu sein muss man für sich selbst im eigenen Namen Geschäfte schliessen[21]) (wenn auch nicht auf eigene Rechnung). Wenn Jemand nur einem anderen in dessen Geschäfte Beihülfe leistet, ist er nicht Kaufmann, obwohl er faktisch den Handel ausübt.[22]) Aber ebensowenig hört eine Person auf, Kaufmann zu sein, wenn sie als Inhaber des Handelsbetriebes die faktische Ausübung desselben durch dritte Hände oder Köpfe bethätigen lässt.[23])

Hiermit ist indessen (wie bemerkt) nicht gesagt, dass es darauf ankomme, ob die vermögensrechtlichen Folgen den Handeltreibenden treffen oder einen andern. Denn auch wenn das Gewerbe auf fremde Rechnung geht, **treibt** es doch derjenige, welcher auf seinen Namen die Geschäfte derselben abschliesst, und der als „Herr des Geschäftes“ sich darstellt.[24]) Hieraus ergibt sich die Entscheidung für die viel bestrittenen Fragen nach der Kaufmannsqualität bei Gesellschaften. Die Definition des Art. 85 des A. d. H.G.B. zeigt, dass bei offenen Handelsgesellschaften jeder Gesellschafter Kaufmann ist.[25]) Bei der Kommandit- und stillen Gesellschaft erscheint nur der Komplementar nicht der Kommanditist und stille Gesellschafter als „betreibend“.[26]) Aktiengesellschaften, bei denen der Gegenstand des Unternehmens in Handelsgeschäften besteht, sind durch Art. 5 des A. d. H.G.B. als kaufmännische Institute erklärt. Aus der Definition des Art. 207 aber ergibt sich, dass weder der einzelne Aktionär, noch die Vorstände, noch auch die Beamten oder Liquidatoren[27]) als Kaufleute erscheinen.

---

[20]) Selbst eine betrügliche Absicht schliesst die Gewerbemässigkeit nicht aus. Vgl. Protokolle der Ber.-Comm. S. 538.

[21]) Mit Recht macht Endemann (§ 13, II am Ende) aufmerksam, dass die Kaufmannseigenschaft nicht cessirt, wenn Jemand, der im eigenen Namen ein Handelsgewerbe treibt, daneben auch für fremde Personen thätig ist. Allein Kaufmann bleibt er nur für sein eigenes Gewerbe.

[22]) Deshalb ist der Prokurist, der Handlungsbevollmächtigte, der Handlungsgehülfe kein Kaufmann.

[23]) Deshalb ist der Mündel, der Curand, wenn das Handelsgewerbe auf seinen Namen betrieben wird, Kaufmann; aber natürlich trifft ihn nicht die einem Kaufmann angedrohte Strafe, wenn die unerlaubte Handlung von seinem Vertreter verübt wurde.

[24]) Vgl. die Casuistik in Völderndorff's Commentar Bd. I, S. 43 flg.

[25]) Allerdings wie Thöl S. 132 bemerkt „nur im Zusammenhange mit der Firma“, das heisst, eben soweit er als Gesellschafter handelt.

[26]) Vgl. auch Hahn a. a. O.

[27]) Natürlich nur in Beziehung auf diese ihre Eigenschaft; der Aktionär u. s. w. kann ja daneben für sich selbst Kaufmann sein.

§ 27.

3. Wirkung und Anwendung des Kaufmannsbegriffs.

Sobald die Momente gegeben sind, welche nach Artikel 4 des A. d. H.G.B. eine Person als Kaufmann darstellen, ist dieselbe auch als solcher anzusehen und es bleibt die Eigenschaft begründet, solange sich jene Momente nicht ändern. Weitere Erfordernisse, welche administrative, polizeiliche oder sonstige Gesetze und Verordnungen für den Betrieb eines kaufmännischen Gewerbes aufstellen, haben auf die rechtliche Beurtheilung einer Person als Kaufmann keinen Einfluss. Aber auch die Erfüllung der im Handelsgesetzbuche selbst vorgeschriebenen Pflichten ist nicht von Bedeutung. Zwar schreibt z. B. Art. 28 vor, dass jeder Kaufmann verpflichtet ist, Bücher zu führen und Art. 19, dass er seine Firma in das Handelsregister eintragen zu lassen hat. Allein wenn Jemand auch keine Firma führt, im Register nicht eingetragen ist und ohne alle Bücher Handelsgeschäfte gewerbemässig treibt, Kaufmann im Sinne des Gesetzes ist er doch. Ebenso bleibt er Kaufmann, wenn er das Gewerbe fortsetzt, nachdem er sich im Handelsregister hat streichen lassen, während umgekehrt der Umstand, dass seine Firma im Register noch ungelöscht ist, das Aufhören seiner Kaufmannsqualität nicht hindert, falls er etwa faktisch einen anderen Beruf ergriffen hat. Auch mit dem Austritte aus der Firma ist der Verlust der Kaufmanns-Eigenschaft nicht nothwendig verbunden.[1]) Nicht einmal eine **Rechtsvermuthung** für oder gegen das Bestehen der Kaufmanns-Eigenschaft wird durch das Vorhandensein eines oder des anderen der soeben erwähnten Umstände begründet, wohl aber (wie oben näher ausgeführt) eine faktische Vermuthung für eine „Gewerbemässigkeit“ des Geschäftsbetriebes.[2]) Die Frage, ob Jemand eine Thätigkeit entwickelt, welche unter Art. 4 des A. d. H.G.B. zu subsumiren ist, erscheint als **Thatfrage**; wer sich auf das Bestehen[3]) oder Erlöschen[4]) der Kaufmannseigenschaft beruft, muss diese thatsächlichen Momente beweisen. Die Frage dagegen, ob die Thätigkeit, welche Jemand entwickelt, unter den Art. 4 des A. d. H.G.B. zu subsumiren ist, erscheint als **Rechtsfrage**[5]) und diese hat der Richter festzustellen. Die Praxis hat nun seit Bestehen des Handelsgesetzbuches eine erhebliche Anzahl von derartigen Feststellungen geliefert, theils positiver theils negativer Art. Die wichtigeren hiervon sind folgende:[6])

---

[1]) Erk. des R.O.H.G. vom 21. Oktober 1870 in der Sammlung Bd. I, S. 62.

[2]) Ueber die auf Grund der Art. des A. d. H.G.B. zu ziehenden modifizirenden Sätze vgl. unten.

[3]) Erk. des R.O.H.G. in der Sammlung Bd. I, S. 215.

[4]) Erk. des O.Hofgerichts zu Mannheim in Busch, Arch. Bd. XVIII, S. 472.

[5]) Vgl. das Erkenntniss des Berliner Obertribunals v. 27. November 1867 bei Busch, Arch. Bd. XVII, S. 168.

[6]) Citirt wird der Kürze halber nur das Arch. von Busch; die meisten Entscheidungen finden sich aber ausser in den Sammlungen der Erkenntnisse auch in der Goldschmidt'schen Zeitschrift und im Centralorgan abgedruckt.

I. **Agenten.** Zwei Gerichte [7]) bejahen die Kaufmannseigenschaft der General- und Spezialagenten von Versicherungsgesellschaften, weil sie „gewerbemässig die **Vermittlung** von Versicherungen gegen Prämien für ihre Gesellschaften betreiben." Vier Gerichte [8]) verneinen die Frage, weil diese Agenten nur „im Handelsgewerbe eines Anderen thätig" seien. **Busch** selbst [9]) verneint die Eigenschaft gleichfalls, und bemerkt [10]) dass das Obergericht die Entscheidung des einen der bejahenden Gerichte abgeändert hat. Für **Börseagenten** hat das Oberlandesgericht zu Wien [11]) die Kaufmannsqualität gleichfalls aus dem Grunde verneint, weil sie „für eigene Rechnung" keine Geschäfte schliessen dürfen.

II. **Apotheker.** Ueber die **Apotheker** bestund viel Streit. [12]) An sich sind dieselben offenbar Personen, welche gewerbemässig Objekte kaufen um sie wieder zu verkaufen. Allein man wandte ein, das Geschäft sei „eine Kunst", es sei zur Ausübung eine Staatsprüfung erforderlich, die Apotheker könnten nicht die Preise bestimmen, sondern seien einer Taxe unterworfen u. dgl. Preussen, Sachsen, (auch die französische Rechtssprechung auf Grund ähnlicher Bestimmungen des Gesetzes) [13]) bejahen die Frage, ebenso der Oesterreichische Oberste Gerichtshof in einem Erkenntnisse v. 5. September 1871. [14]) Braunschweig [15]) und Baden [16]) verhalten sich verneinend.

III. **Appreteure,** Färber und dergleichen Arbeiter, welche vermöge der Theilung der Arbeit mit dem Fertigmachen der Waaren für den Handelsverkehr von den Fabrikanten beschäftigt werden, fallen unter Art. 272 Nr. 6 des A. d. H.G.B. und sind deshalb Kaufleute. [17])

IV. **Bäcker.** „Der Betrieb des Bäckergewerbes besteht wesentlich in dem Einkauf von Getreide und Mehl, in der Verarbeitung desselben zu Brod und Veräusserung der Fabrikate in grösseren oder kleineren Quantitäten. Das Bäckergewerbe ist daher nach Art. 271 Ziff. 1 des A. d. H.G.B. ein Handelsgewerbe. Geht der Umfang dieses Gewerbes — wie diess bei Bäckern gewöhnlich der Fall ist, — nicht über jenen des Handwerksbetriebes hinaus, so fällt der Bäcker zwar unter Art. 10 des A. d. H.G.B., aber er bleibt doch Kaufmann." [18])

---

[7]) Centralorgan Nr. 30 v. 1862.

[8]) Busch, Archiv. Bd. I, S. 385.

[9]) Vgl. dessen Aufsatz in seinem Archiv. Bd. I, S. 189.

[10]) A. a. O. S. 222.

[11]) Busch, Archiv. Bd. III, S. 57.

[12]) Vgl. die Aufsätze und Urtheile in Busch, Archiv. Bd. I, S. 211. 180. 222. 383. 477. 481. 520; Bd. II, S. 151; Bd. III, S. 51. 131. 405; Bd. V, S. 495; Bd. VII, S. 1 u. 4, S. 156.

[13]) Busch, Archiv. Bd. IV, S. 259.

[14]) Busch, Archiv. Bd. XXVIII, S. 416.

[15]) Busch, Archiv. Bd. VIII, S. 211.

[16]) Ebenda Bd. IV, S. 260.

[17]) Aus einem Erk. des App.Gerichts zu Zwickau v. 19. Januar 1865 in Busch, Archiv. Bd. VII, S. 414.

[18]) Erk. des Handelsappellationsgerichts zu Nürnberg v. 20. Juli 1863 bei Busch, Archiv. Bd. I, S. 534.

Dieser Ansicht ist das R.O.H.G. in dem Erkenntnisse vom 6. Dezember 1871 [19]) beigetreten.

V. **Bauunternehmer** als solche sind keine Kaufleute; denn entweder übernehmen sie die Bearbeitung eines Immobile zu einem Gebäude für einen Andern, was kein Handelsgeschäft ist, [20]) oder sie erbauen mit eigenem Material und veräussern das Gebäude, [21]) was gleichfalls sich nicht als Handelsgeschäft darstellt. Der Baumaterialienhändler dagegen kann Kaufmann sein, [22]) wenn er nemlich aus dieser Art des An- und Verkaufes Gewerbe macht.

VI. **Boten.** Ein Erkenntniss des Oberlandesgerichts in Wien vom 17. November 1853 [23]) hat den Boten von Hofgastein nach Salzburg für einen Kaufmann erklärt, weil er die Verfrachtung von Waaren gewerbemässig betreibe. Diese Entscheidung ist insofern zu billigen, als in der Regel die Boten sich als gewöhnliche Fuhrleute darstellen und daher nach Art. 10 Kleinkaufleute sind.

VII. **Branntweinbrennereien**, welche nur als integrirender Theil der Bewirthschaftung eines Grundbesitzes sich darstellen, bestimmt die selbsterzeugten Früchte mit Gewinnung von Viehfutter in marktfähiger Form umzuwandeln, machen denjenigen, der sie, wenn auch gewerbemässig, betreibt, nicht zum Kaufmann, nach einem Erkenntniss des Brünner Oberlandesgerichts vom 11. Dezember 1863. [24])

VIII. **Bräuer.** Der Bräuer als solcher, das heisst derjenige, welcher nur bei der Bierbereitung thätig ist, erscheint nie als Kaufmann; der Brauereibesitzer, welcher lediglich die eigenen Produkte verwenden würde, auch nicht. Aber solche wird es kaum geben; so ziemlich alle Bräuer müssen fremde Gerste und Hopfen einkaufen, und da sie diess in der Absicht thun, diese Stoffe in verarbeitetem Zustande weiter zu veräussern, so sind sie Kaufleute. [25]) Zwei Erkenntnisse [26]) haben die Bierbrauer als Handwerker erklärt und daher unter Art. 10 subsumirt. [27])

---

19) Busch, Arch. Bd. XXV, S. 429

20) Vgl. oben S. 90, Not. 25.

21) „Der Verkauf eines Hauses kann nicht so aufgefasst werden, als würden die Steine, aus welchem es gebaut ist, in veränderter Beschaffenheit weiter verkauft, und zwar nicht sowohl wegen der grossen thatsächlichen Veränderung der Sache (denn auch andere Fabrikate erscheinen sehr oft als eine totale Veränderung des Rohstoffes), sondern weil die bisherige Waare zu einer Nichtwaare geworden und dadurch aus dem Handelsgebiete ausgeschlossen ist." (Erk. des R.O.H.G. in der Sammlung Bd. XIII, S. 343.)

22) Und zwar auch, wenn er nebenbei Bauunternehmer ist, vgl. oben S. 91, Not. 37.

23) Busch, Arch. Bd. III, S. 52.

24) Busch, Arch. Bd. III, S. 55.

25) Entsch. des Wiener Oberlandesgerichts in Busch, Arch. Bd. III, S. 50.

26) Hofgericht zu Giessen in Busch, Bd. V, S. 494 und Handelsj.-Contrat. in Busch Bd. XVIII, S. 474.

27) Vgl. auch Völderndorff's Sammlung der Entscheid. des Handelsappellger. zu Nürnberg Bd. II, S. 350, und Busch, Arch. Bd. XVIII, S. 118.

IX. **Briefmarkenhandel** kann, wenn als Gewerbe betrieben, zum Kaufmann qualifiziren. [28])

X. **Collekteure** siehe Lotteriecollekteure.

XI. **Drechsler** (Dreher) sind unzweifelhaft Kaufleute; allein wenn sie auch einen Laden halten und in diesem einzelne Waaren vorräthig haben, welche sie nicht selbst verfertigt haben, so ist doch (nach einem Ausspruche des Hofgerichtes zu Giessen) [29]) dieser Umstand nicht von solcher Erheblichkeit, dass sie dadurch zu Vollkaufleuten würden.

XII. **Eisenbahnbauunternehmungen** sind keine kaufmännischen Geschäfte; wenn sie auch gewerbemässig betrieben und der Betreibende sich der im Handel üblichen Formen bedient, so wird die Kaufmannseigenschaft doch dadurch nicht begründet. [30])

XIII. **Eisenwerksbesitzer.** Was die eigentlichen Hüttenwerke betrifft, welche durch Bergbau Rohprodukte gewinnen, diese zu Material verarbeiten und damit Handel treiben, so sind diese von österreichischen Gerichten, selbst dem obersten Gerichtshof in Wien [31]) offenbar mit Unrecht als kaufmännische Geschäfte erklärt. Dagegen sind Hammerwerksbesitzer, welche das Roherz von den Produzenten anschaffen, giessen und schmieden, allerdings Kaufleute. [32])

XIV. **Färber** sind den Appreteuren (Nr. III) gleich.

XV. **Fleischer.** Der Jäger und Fischer, welcher die selbst erlegten oder gefangenen Thiere gewerbemässig weiter veräussert, steht dem Fleischer (Metzger, Charcutier u. s. w.) gegenüber; letzterer ist ein Kaufmann; wenn auch in der Regel als Handwerker ein Kleinkaufmann. [33])

XVI. **Gerber.** Wer Häute lediglich gegen Lohn zu Leder umarbeitet, ist nicht Kaufmann, wohl aber der, welcher Felle kauft, sie gerbt und dann unter Zuschlag des durch seine Arbeit erzielten Mehrwerthes weiter veräussert. [34])

XVII. **Goldschläger** (Metallschläger) schaffen Metall (Rohmetall oder Halbfabrikate) an, verarbeiten dieses durch Handarbeit zu dem sogenannten Feingold (Schaumgold) und veräussern letzteres Fabrikat. Sie sind also Kaufleute. (Aus einem Erkenntniss des k. Handels- etc. Gerichts zu Nürnberg vom 21. Dezember 1864. [35])

XVIII. **Gärtner, Handelsgärtner, Kunstgärtner** sind keine Kaufleute. [36])

---

[28]) Erk. des Oberhofgerichts zu Mannheim vom 11. Mai 1871 in Busch, Arch. Bd. XXV, S. 268.

[29]) Busch, Arch. Bd. V, S. 495.

[30]) Vgl. die beiden Bairischen Erkenntnisse in Busch, Arch. Bd. XVI, S. 52 ff. u. Bd. XVIII, S. 474 ff.

[31]) Busch, Arch. Bd. III, S. 45 und 47.

[32]) Busch, Arch. Bd. V, S. 497.

[33]) Vgl. Busch, Arch. Bd. I, S. 571; Bd. IV, S. 294; Bd. VII, S. 247.

[34]) Busch, Arch. Bd. IV, S. 293. Vgl. auch Völderndorff's Sammlung Handelsapp.-Ger.-Entsch. Bd. I, S. 474.

[35]) Busch, Arch. Bd. V, S. 305.

[36]) Vgl. oben Not. 11, S. 58 und nach Busch, Arch. Bd. V, S. 245 und das Erkenntniss des Münchener Cassationshofes in Bd. XXVI, S. 199.

XIX. **Holzhändler,** welche Holz im Grossen kaufen, um es als Brennholz im Detail zu verschleissen, oder welche Holz zusammenkaufen, und damit im Grossen Lieferungen machen, sind natürlich Kaufleute. Bestritten ist die Qualität jener Holzhändler, welche Bäume im Wald erwerben, sie schlagen lassen und verkaufen, oder Wälder zum Abholzen (lediglich also die Stämme, nicht den Boden) erwerben.[37]

XX. **Hopfenhandel** ist auf Seite des Brauers ein Handelsgeschäft;[38] auf Seite des Produzenten nicht. Die eigentlichen Hopfengeschäfte aber kaufen den Hopfen bei den Produzenten im Kleinen ein, bearbeiten denselben (mittelst Schwefelung u. s. w.) und veräussern ihn in grossen Quantitäten weiter. Sie sind unbestreitbar Kaufleute.

XXI. **Kaffeesieder, Cafetiers** wurden anfänglich (selbst vom Wiener Oberlandesgerichte[39]) deshalb unter die Kaufleute nicht subsumirt, weil „ihr Hauptgeschäft in anderen Verrichtungen als im Abschlusse von Käufen und Anschaffungen bestehe." Mit Recht aber wurde sofort hiegegen eingewendet,[40] dass die Cafetiers unter die „Wirthe" zählen, daher ihre Eigenschaft als Kleinkaufleute nicht wohl bestritten werden könne.

XXII. **Kalkofenbesitzer** stehen im gleichen Verhältniss wie die Hüttenwerkinhaber (vgl. Nr. XIII). Sofern der Produzent selbst die aus Steinbrüchen gewonnenen Kalksteine brennt, ist er kein Kaufmann.[41] Allein in den meisten Orten sind die beiden Thätigkeiten getrennt, der Ofenbesitzer bezieht die Steine von Produzenten und veräussert sie als gebrannten Kalk; dann ist er Kaufmann.

XXIII. **Kürschner** und **Pelzhändler** sind Kaufleute[42] nach einem Erkenntniss des Nürnberger Handelsapp.-Gerichts vom 5. Februar 1863.

XXIV. **Lackirer** sind keine Kaufleute,[43] denn ihre Gewerbethätigkeit ist nicht auf Verarbeitung von Stoffen, um daraus selbständige Verkehrsgegenstände herzustellen, gerichtet, sondern das Wesen des Lackirergewerbes besteht in der **Arbeit,** durch welche bereits vorhandenen Gegenständen des Verkehrs bestimmte äussere Qualitäten verliehen werden. Wenn der Lackirer daher auch bewegliche Gegenstände (Farben, Firniss, Oel u. s. w.) anschafft, lässt sich doch nicht behaupten, dass die Anschaffung geschieht in der Absicht, das **Material** in verarbeitetem Zustande weiter zu veräussern, sondern bezahlt wird dem Lackirer seine **Arbeit,** zu deren Ausführung er das angeschaffte Material nur als Hülfsmittel benutzt.[44]

---

[37]) Vgl. die analogen Ausführungen des Handelsapp.-Ger. zu Nürnberg im Erkenntnisse vom 14. April 1864 in Völderndorff's Sammlung Bd. I, S. 412 u. oben S. 90, Not. 22.

[38]) Busch, Arch. Bd. XVIII, S. 118.

[39]) Erk. vom 31. Dezember 1863 in der Gerichtshalle von 1864, S. 26.

[40]) Busch, Arch. Bd. III, S. 59, Not. 11.

[41]) Busch, Arch. Bd. I, S. 579.

[42]) Busch, Arch. Bd. I, S. 412.

[43]) Verordnung des Dresdner Oberapp.-Gerichtes in Busch, Arch. Bd. I, S. 570.

[44]) In dieser Ausführung ist das treffende Kriterium zur Unterscheidung zwischen einem „Handwerk" und dem „Handel mit verarbeiteten Waaren, wobei das verarbeitende Gewerbe nicht über den Handwerksbetrieb hinausgeht" gegeben.

XXV. **Licitations-Geschäfts-Inhaber** sind keine Kaufleute. [45])

XXVI. **Lohnkutscher** (Fiaker, Droschkenführer, Gondoliere) gaben Anlass zur Controverse. Zwar ist darüber kein Streit, [46]) dass sie keine „Fuhrleute" (im Sinne des Art. 10 des A. d. H.G.B.) sind und dass der Personentransport, auch wenn er gewerbemässig betrieben wird, doch im Hinblicke auf Art. 273 Ziff. 3 des A. D. H.G.B. nur dann ein kaufmännisches Gewerbe ist, wenn er im Grossen betrieben wird. [47]) Allein was „im Grossen sei", wurde verschieden aufgefasst. Das Berliner Kammergericht [48]) hat ein Geschäft mit 5 Droschken und 2 Wagen dazu gezählt. Indessen möchte es doch richtiger sein, anzunehmen, dass jener Art. 273 Ziff. 3 nur eigens zum Zwecke des Personentransports bestimmte **Anstalten** im Auge habe. [49])

XXVII. **Lotterie-Kollekteure** sind als Nicht-Kaufleute erklärt worden, [50]) weil Loose weder Werthpapiere, noch Waaren seien; dagegen hat das Reichsoberhandelsgericht (Urtheil vom 4. März 1878) die Kollekteure der Braunschweiger Lotterie als Kaufleute erklärt.

XXVIII. **Mäkler**, s. über diese unten Buch 3, Abschnitt 6.

XXIX. **Metzger** sind Kaufleute (s. Nr. XV).

XXX. **Müller** als solcher (welcher Getreide gegen Lohn in Mehl umwandelt) ist kein Kaufmann, wohl aber, wenn er zugleich Mehlhändler ist. [51])

XXXI. **Oekonomen** eines Vereines, einer Gesellschaft als kaufmännischer Geschäftsführer erklärt vom Appellhofe in Cöln. [52])

XXXII. **Pferdehändler** ist natürlich Kaufmann; wohl auch Jemand, der zwar nicht eigentlicher „Rosskamm" ist, aber so oft sich ihm Gelegenheit bietet, mit Pferden handelt. [53])

XXXIII. **Posthalter** betreiben die Postgeschäfte nicht in eigenem Namen und für eigene Rechnung, sondern nur als Organe nach Anleitung der einschlägigen Bestimmungen der Post-Transportordnung; sie können hierdurch allein

---

[45]) Erk. des R.O.H.G. in der Sammlung Bd. XXIV, S. 35.

[46]) Die Oesterreichischen Gerichte freilich (vgl. Busch, Arch. Bd. III, S. 52) erklären auf Grund ihres Einführungsgesetzes § 7 jeden Lohnkutscher als Kaufmann.

[47]) Erk. des Nürnberger Handelsapp.-Ger. in Busch, Arch. Bd. V, S. 304.

[48]) Busch, Arch. Bd. I, S. 223.

[49]) So das in Not. 44 citirte Erkenntniss und die Ausführung oben S. 74.

[50]) Vgl. den Aufsatz von Dietrich in Busch, Arch. Bd. II, S. 9 ff. und das Erk. des Dresdner Appellhofes in Busch, Arch. Bd. V, S. 110 ff. und hinwieder Sammlung Reichsoberh. Erk. Bd. XXIII, S. 213.

[51]) Das Oesterr. Erkenntniss in Busch, Arch. Bd. IV, S. 290 passt nur auf das Oesterr. Einführungsgesetz. Würde freilich das Mehlbereiten in solchem Umfange betrieben, dass die Thätigkeit des Müllers über den Umfang des Handwerksbetriebes hinausginge, so würde dann Kaufmannsqualität entstehen (vgl. oben S. 70, Not. 20). Allein praktisch kommt dies nicht wohl vor, Goldschmidt § 43, Not. 10.

[52]) Busch, Arch. Bd. XXII, S. 43.

[53]) Sehr hübsch ausgeführt in einem Frankenthaler Erkenntniss in Busch, Arch. Bd. XXII, S. 43.

die Eigenschaft als „Kaufmann“ nicht beanspruchen. (Aus einem Erkenntnisse des obersten Gerichtshofes für Bayern vom 10. Juni 1871.)[54]

XXXIV. **Schäfereibesitzer** wurden vom Handelsappellgericht zu Nürnberg (Erkenntniss vom 5. März 1866[55]) als Nichtkaufleute erklärt, weil das Hauptertrāgniss der Schäfereien erfahrungsgemäss in der Wolle bestehe, der Ankauf von Schafen Seitens eines solchen Besitzers also nicht in der Absicht der Wiederveräusserung, sondern in der Absicht der Erwerbung von Produktionsmitteln geschehe, und durch den Umstand allein, dass ältere oder zur Wollerzeugung sonst untaugliche Stücke verkauft werden, der Schäfereibesitzer nicht als „Schafhändler“ im kaufmännischen Sinne angesehen werden kann.

XXXV. **Schieferdecker** als Kaufleute erklärt (in einem Erkenntniss des Nürnberger Handelsappellgerichtes vom 17. August 1868[56]), weil beim Betriebe des Schieferdeckergewerbes nicht die Aufnagelung der Schiefertafeln der vorherrschende Faktor der Wertherzeugung ist, sondern der Unternehmergewinn, den ein billiger Einkauf der Vorräthe und die Höhe der den Geschäftskunden in Rechnung gesetzte Preis abwirft.

XXXVI. **Schlosser, Schmiede, Schneider, Schuhmacher, Spengler.** Bei allen diesen und derartigen Gewerben[57] kommt es darauf an, ob sie nur das ihnen übergebene Material verarbeiten oder bestellte Gegenstände aus selbst angeschafftem Materiale erzeugen. Im ersteren Falle macht der Umstand, dass sie die „Zuthaten“ (z. B. der Schneider: Faden, Knöpfe, Futter u. s. w.) selbst anschaffen und daher in verarbeitetem Zustande weiter veräussern, den Gewerbsmann noch nicht zum Kaufmann, weil hiebei diese Waaren nicht als selbständige Preisobjekte in Betracht kommen, sondern nur im Arbeitslohn mitvergütet werden. Im anderen Falle aber bedarf es nicht der Thatsache, dass ein solcher Gewerbsmann sein angeschafftes Material auf Vorrath verarbeitet, sondern wenn er die Verarbeitung auch nur auf jedesmalige Bestellung vornimmt, ist er doch Kaufmann.[58]

XXXVII. **Steinbruchbesitzer** sind als solche keine Kaufleute.[59]

XXXVIII. **Steinkohlengrubenbesitzer** desgleichen nicht.[60]

---

[54] Sammlung von Entscheidungen (Palm u. Enke 1873) Bd. I, S. 7 und Busch, Arch. Bd. XXVI, S. 200. Dagegen ist aber die Reichspost als solche Kaufmann, vgl. oben S. 74.

[55] Busch, Arch. Bd. IX, S. 290.

[56] Busch, Arch. Bd. XXI, S. 356.

[57] Vgl. Busch, Arch. Bd. V, S. 494.

[58] Erk. des obersten Gerichtshofes für Bayern vom 18. Oktober 1872 in der Sammlung Bd. II, S. 428.

[59] Vgl. Busch, Arch. Bd. I, S. 579. Wenn auch das Berliner Obertribunal in einer Sache (vgl. Busch, Arch. Bd. XXIII, S. 215) die Vereinigung zweier Steinbruchbesitzer als offene Handelsgesellschaft erklärt hat, so beruht doch diese Entscheidung nicht auf der supponirten Kaufmannseigenschaft, sondern auf dem formalen Grund, dass durch den Eintrag im Handelsregister die Gesellschaft die Qualität einer Handelsgesellschaft erlangt habe.

[60] Busch, Arch. Bd. I, S. 520; Bd. V, S. 497.

XXXIX. **Tüncher** stehen den Appreteuren, Färbern, Lackirern u. s. w. gleich,[61]) vgl. Nr. III und XXIV.

XL. **Viehhändler** sind unbestritten Kaufleute; ob Vollkaufleute, soll nach einer Entscheidung des Hessischen Justizministerium vom 1. September 1863[62]) von der Höhe ihrer Gewerbesteuer abhängen; nach Anderen sind die auf dem Lande umherziehenden Viehhändler (die sogenannten „Gäugeher") nur Minderkaufleute. Viehhändler unter allen Umständen als Kaufleute, welche unter Art. 10 des A. d. H.G.B. fallen, zu erklären,[63]) ist unrichtig.

XLI. **Vorsteher eines Instituts** ist deshalb noch nicht „Kaufmann", weil er seine Zöglinge beköstigt.

XLII. **Weber** ist Kaufmann, sobald er auf den Verkauf und das Lager arbeitet (Erkenntniss des Dresdner Appellgerichtes vom 4. Juni 1868).[64]) Als Lohnweber, da die Thätigkeit eines solchen nicht unter Art. 272 n 1 des A. d. H.G.B. eingereiht werden kann, sondern über den Umfang des Handwerks nicht hinausgeht, ist er kein Kaufmann.

XLIII. **Wirthe** führt der Art. 10 des A. d. H.G.B. ausdrücklich als „Minderkaufleute" an, es sollte also über ihre Qualität eigentlich keine Controverse möglich sein. Demohngeachtet wurde nicht nur mitunter die Kaufmannsqualität bestritten, mitunter, umgekehrt, bei sehr grossem Geschäftsbetrieb der Wirth (Hotelbesitzer) als Vollkaufmann erklärt. Beides ist unrichtig.[65]) Die Vermiethung von Zimmern, auch mit Abgabe von Speisen und Getränken Seitens eines Privaten, macht übrigens den Vermiether noch nicht zum Wirth.[66]) Der Besitzer eines förmlichen hotel garni aber ist ein solcher und daher Minderkaufmann.[67])

XLIV. **Zahnärzte** beziehen zwar Materialien, verarbeiten sie zu künstlichen Zähnen und Gebissen; allein sie veräussern diese nicht als „Waare", sondern sie setzen sie ein und stellt sich daher die Abgabe dieser Gegenstände nur als Hülfsmittel zur Ausübung ihrer Kunst dar. Sie sind daher nicht Kaufleute. (Aus einem Erkenntniss des Bayer. Handelsappellgerichts zu Nürnberg vom 26. August 1869.)[68])

XLV. **Ziegeleibesitzer.** Die Kaufmannsqualität der Ziegeleibesitzer war sehr

---

[61]) Vgl. auch das Erk. des Handelsgerichts Frankenthal in Busch, Arch. Bd. XXII, S. 46.

[62]) Busch, Arch. Bd. V, S. 496.

[63]) Wie Noak in Busch, Arch. Bd. II, S. 20 deshalb thut, weil sie nicht nach allgemeinen Werthmessern, sondern nach dem besonderen Stückwerth einkaufen.

[64]) Busch, Arch. Bd. XVIII, S. 385.

[65]) Anerkannt in der Verord. des Sächs. Appellgerichtes, vgl. Busch, Arch. Bd. I, S. 220, ebenso das Erk. des k. Bayerischen Handelsappellgerichts, Busch, Arch. Bd. I, S. 410 und die Preuss. Erkenntnisse in Busch, Arch. Bd. VI, S. 16. Vgl. auch Busch, Arch. Bd. II, S. 24; Bd. IX, S. 134; Bd. XVIII, S. 447; Bd. XXIII, S. 213.

[66]) Vgl. Erkenntniss des Cölner Appellhofes in Busch, Arch. Bd. XX, S. 113, ine Entscheidung, welche Behrend, Lehrbuch S. 99, Not. 7, als bedenklich erklärt.

[67]) Völderndorff's Kommentar Bd. I, S. 82.

[68]) Busch, Arch. Bd. XXIV, S. 352.

bestritten; bejaht vom Appellgericht zu Naumburg und anfänglich vom Obertribunale zu Berlin,[69]) verneint vom Wiener Oberlandesgericht,[70]) vom Preussischen Justizministerium[71]) und dem Appellgericht zu Breslau[72]) und später vom Obertribunale in Berlin.[73]) Es wird darauf ankommen, ob der Lehm aus eigenem Boden gewonnen oder gekauft wird. Vgl. oben S. 90, Not. 22.

XLVI. **Zimmermann,** sofern sich sein Gewerbebetrieb nicht auf das handwerksmässige Behauen und Bearbeiten fremder Stämme beschränkt, sondern er das Holz selbst liefert, ist Kaufmann. Dass er die Balken zum Zwecke ihrer Verbindung mit Gebäuden bearbeitet und veräussert, schliesst die Kaufmannseigenschaft nicht aus.[74])

B. Unterarten.

§ 28.

1. Gross- und Kleinkaufleute.

Nach äusserlichen Momenten lassen sich die Kaufleute verschiedentlich in Unterarten abtheilen. Wie man eigentlichen und uneigentlichen Handel unterscheidet, so kann man als Arten der kaufmännisches Gewerbe-Treibenden die eigentlichen Kaufleute, diejenigen, welche Waaren feil haben und Wechselgeschäfte betreiben, den sonstigen in Handel und Wandel thätigen Personen, den Kommissionären, Spediteuren, Agenten, Mäklern, Frachtführern u. s. w. gegenüberstellen.[1])

Im eigentlichen kaufmännischen Gewerbe kann man Gross- und Kleinhandel,[2]) auswärtiges (bez. überseeisches) Geschäft und Binnenhandel (bez. Landhandel), man kann Propre- und Kommissionshandel unterscheiden. Ferner mag man nach dem Objekte des Gewerbes Unterscheidungen machen; vor Allem zwischen Handel mit Geld und Werthpapieren und sonstigen Waaren und bei diesen letzteren wieder nach ihren verschiedenen Qualitäten.[3])

Von all diesen Momenten nun kommt nach dem gegenwärtigen Stande der Gesetzgebung rechtlich nur der Umfang und die merkantile Bedeutung des Geschäftsbetriebes in Betracht. Aber auch dieser nicht insoweit, dass hierdurch

---

[69]) Busch, Arch. Bd. I, S. 382.

[70]) Busch, Arch. Bd. II, S. 227.

[71]) Busch, Arch. Bd. II, S. 280.

[72]) Ebenda S. 281.

[73]) Busch, Arch. Bd. XVII, S. 166.

[74]) Busch, Arch. Bd. VII, S. 347 (zwei Erk. des Nürnberger Handelsappellgerichtes) u. Bd. XXVI, S. 8 (Erk. des Bayer. obersten Gerichtshofes).

[1]) Ehedem waren nur die zuerst genannten Personen und zwar nur dann, wenn sie „forma non mutata“ verkauften, als Kaufleute anerkannt. Vgl. Endemann, § 1, Not. 4.

[2]) Grossisten und Detailisten. Vgl. über die Arten und Zweige des Handels oben § 2 (S. 5).

[3]) Langwaaren (Schnittwaaren), Kurzwaaren, Manufakturen, Kolonialwaaren, Droguen u. s. w.

der Begriff des Kaufmannes selbst berührt würde.[4]) Auch der geringfügigste gewerbemässige Betrieb von Handelsgeschäften macht den Betreibenden immer noch zum Kaufmanne im Sinne des Art. 4 des A. d. H.G.B.; und wer des Abends herumziehend in den Gasthäusern im Verschleisse von Zündhölzern seine Pfennige verdient,[5]) wird von dem Gesetze ebenso als Kaufmann angesehen als derjenige, der alltäglich auf der Börse Millionen in Werthpapieren umsetzt.

Einen Unterschied macht das Gesetz nur insoferne, als einigen Kaufleuten gewisse Rechte zugeschrieben und gewisse Pflichten auferlegt werden, welche für andere nicht bestehen. Man hat deshalb den ersteren den Namen: **Grosskaufleute** oder **Vollkaufleute** beigelegt und bezeichnet die letzteren als **Kleinkaufleute.**[6]) Als solche **Kleinkaufleute** erklärt das Gesetz (in Art. 10 des A. d. H.G.B.) zwei Hauptkategorieen, die eine wegen geringer Bedeutung ihres Handels in pekuniärer, die andere wegen geringer Bedeutung desselben in merkantiler Hinsicht; von denselben scheidet sich die erstere Kategorie wieder in drei Unterklassen.

A. Kaufleute, welche wegen geringer pekuniärer Bedeutung ihres Handels, das heisst wegen geringen Umfanges desselben, nicht Vollkaufleute sind:

a) Personen, welche mit geringwerthigen Gütern Handel treiben, also die in Art. 271 Ziff. 1 genannten Geschäfte nur in geringerer Bedeutung ausüben. Hiervon nennt der Art. 10 die Höcker,[7]) Trödler[8]) und Hausirer speziell und fügt als allgemeine Bezeichnung bei „und dergleichen Handelsleute von geringerem Gewerbebetriebe". Damit zeigt das Gesetz, dass nicht der konkrete Umsatz im Geschäfte, sondern die Natur des Gewerbebetriebes in Abstrakto als Kriterium aufzufassen ist.[9]) Deshalb gehören hierher nur jene kleinen Handelsleute, deren Gewerbebetrieb sich der Höckerei,[10]) dem Trödel- und Hausirgeschäfte innerlich anreihen. Ob Jemand hierzu gezählt werden könne, ist eine nach den besonderen Umständen zu entscheidende Thatfrage.[11])

---

[4]) Vgl. oben die Ausführung S. 7, Not. 12.

[5]) Dies ging der Praxis sehr schwer in den Kopf und immer wieder hatten am Anfange die Obergerichte die Remedur in dieser Richtung zu üben, vgl. z. B. die von Völderndorff herausgegebene Sammlung handelsappellationsgerichtlicher Entscheidungen (Erlangen bei Palm u. Enke 1862—1867) Bd. I, S. 109. 126; Bd. II, S. 88.

[6]) Thöl, Bd. I, S. 136 nennt diese auch: Minderkaufleute, welcher Ausdruck sich indessen nicht Bahn gebrochen hat.

[7]) Höcker, Huckler, Hucker sind Leute, welche ihre Waaren huckeln (das heisst „auf dem Rücken tragen") und sodann auf den Strassen, auf Plätzen oder in Hauseingängen u. dgl. „hockend" (das heisst sitzend) verkaufen.

[8]) Trödler, süddeutsch Tändler, handeln mit bereits gebrauchten Objekten.

[9]) Vgl. über diese Kontroverse Völderndorff's Kommentar, Bd. I, S. 79 ffg.

[10]) Krâme so viel als: Zeltdach, Wetterschutzdach; Kramer daher ursprünglich Kaufleute, welche nur in momentan errichteten Buden handeln, keinen festen Laden haben. Jetzt heisst man „Krämer" auch solche, die einen eigentlichen Laden haben, aber nur im Kleinen Geschäfte machen. Dem gleichen kleinen Gewerbetriebe gehören an: Fragner (Pfragner), Greissler, Salzstössler, Priechler, Pfenfer.

[11]) Endemann a. a. O. S. 58, Not. 22.

b) Personen, welche die im Art. 271 Ziff. 2 bezeichneten Handelsgeschäfte nur in geringer Weise ausüben, deren Gewerbe nicht über den Umfang des Handwerks hinausgeht. Handwerker als solche [12]) nemlich sind schon nach Art. 272 Ziff. 1 überhaupt keine Kaufleute; [13]) sie werden es aber, wenn sie den Stoff für ihre Arbeit nicht vom Kunden erhalten, sondern ihn selbst anschaffen und liefern. Insofern aber diese Art des Gewerbetriebes nicht in den Kreis der eigentlichen Lieferungsgeschäfte übergeht, sondern in dem üblichen Umfange des Handwerks bleibt, ist der Handwerker kein Vollkaufmann. Der Handwerker ist aber ferner auch dann kein Vollkaufmann, wenn er mit fertigen Fabrikaten, die er selbst nicht aus Stoff gearbeitet, sondern bereits vollendet gekauft hat, Handel treibt, [14]) sofern diese Art des Handels die üblichen [15]) Grenzen des Handwerks nicht überschreitet.

c) Personen, welche die in Art. 272 Ziff. 3 und in Art. 271 Ziff. 4 bezeichneten Geschäfte nur in geringem Umfange betreiben, als gewöhnliche Fuhrleute und gewöhnliche Schiffer. Unter dieser Benennung sind nicht die Gehülfen des Fuhrwerksbesitzers, [16]) nicht die im fünften Titel des Buch V des A. d. H.G.B. als „Schiffer" aufgeführten Personen gemeint; denn diese haben die Kaufmannseigenschaft ohnehin nicht. Es sind vielmehr „Frachtführer" [17]) darunter zu verstehen, deren Gewerbe ein geringes ist und so zu sagen handwerksmässig betrieben wird. [18])

B. Gewisse Kaufleute zählen nicht zu den Vollkaufleuten wegen geringerer Bedeutung ihres Geschäftsbetriebes in merkantiler Hinsicht, dies sind die Wirthe. Dass der Wirth an sich unter den Art. 4 des A. d. H.G.B. fällt, lässt sich nicht bestreiten; denn dessen Gewerbe besteht in dem Ankaufe oder der anderweiten Anschaffung von Speisen und Getränken in grösseren Quantitäten, um solche entweder ohne Weiteres oder nach einer Zubereitung in kleineren Portionen käuflich weiter zu vergeben. [19]) Wenn demohngeachtet dieser Gewerbetrieb, und

---

[12]) Das heisst: Personen, welche die ihnen übergebenen Stoffe verarbeiten oder bearbeiten.

[13]) Vgl. oben S. 69 u. 70.

[14]) Vgl. die Beispiele in Völderndorff's Kommentar, Bd. I, S. 86 u. 87.

[15]) Auch dies ist Thatfrage und richtet sich nach Zeit und Ort des Geschäftsbetriebes.

[16]) Der „Lohnkutscher" ist kein Kaufmann; den Frachtführer allein zählt das Gesetz hiezu.

[17]) In erster Lesung des Gesetzbuches (Prt. S. 534) war der gewöhnliche Frachtfuhrmann überhaupt nicht als Kaufmann erklärt.

[18]) In der Regel wird der „gewöhnliche Fuhrmann", der „gewöhnliche Schiffer" selbst fahren, und ein solcher wird nicht leicht als „Vollkaufmann" zu erachten sein. Allein, umgekehrt wird nicht jeder Frachtführer u. Schiffer, welcher Gehülfen hat, aus der Klasse der Kleinkaufleute auszuscheiden sein.

[19]) Erk. des Handelsappellgerichtes zu Nürnberg v. 5. Febr. 1863. (Busch, Arch. Bd. I, S. 120.)

zwar ohne Rücksicht auf grösseren oder geringeren Umfang,[20]) unter die Kleinkaufleute gestellt ist, so liegt der Grund hiefür wohl darin, dass der Geschäftsverkehr mit den Gästen im üblichen Wortsinne nicht als ein „kaufmännischer Betrieb" erscheint, dass ihm die kaufmännische Signatur fehlt und dass historisch nie die Wirthe als Kaufleute erschienen sind.[21]) Unter den Wirthen sind sowohl die Schankwirthe wie die Gastwirthe zu verstehen.[22])

Schliesslich mag noch erwähnt werden, dass das Handelsgesetzbuch drei Vorbehalte in Betreff der Qualifikation zum Kleinkaufmanne macht. Es gestattet der Landesgesetzgebung, die Klassen genauer festzustellen, es gestattet aber auch derselben, die Klassen auszudehnen oder einzuschränken. Von diesen Vorbehalten hat nun die Landesgesetzgebung meines Wissens nur in einzelnen Einführungsgesetzen Gebrauch gemacht. Eingeschränkt ist die Klasse der Kleinkaufleute in Oesterreich[23]) auf die Hausirer und diejenigen, welche eine ganz geringe Steuer zahlen, ausgedehnt in Lübeck[24]) auf alle diejenigen, welche nicht zur „Kaufmannschaft" gehören, oder eine Fabrik, ein Bank-, Wechsel- oder Versicherungsgeschäft haben. Genauere Feststellungen der Klassen versuchen die Preussischen[25]) und Sächsischen[26]) Instruktionen und die Thüringischen Einführungsgesetze.[27])

§ 29.

2. Stellung der Kleinkaufleute.

Die Rechte und Pflichten, hinsichtlich deren sich die Vollkaufleute von den Kleinkaufleuten unterscheiden, sind diejenigen in Betreff der Firmen, Handelsbücher, Prokura und Handelsgesellschaften. Da sich aber der Art. 10 des A. d. H.G.B. dahin ausspricht, dass „die Bestimmungen, welche dieses Gesetzbuch über die Firmen, die Handelsbücher und die Prokura enthält," auf die Kleinkaufleute keine Anwendung finden, so frägt es sich, unter welchen Be-

---

[20]) Das Stadtgericht zu Berlin und, ihm zustimmend, die Obergerichte (Busch, Arch. Bd. VI, S. 16) haben einen Wirth, der jährlich für 18,000 Thaler Aktienbier verbrauchte, unter den Art. 10 subsumirt. In zweiter Lesung des Gesetzbuches ward die frühere Limitirung auf „Schankwirthe" beseitigt. Prt. S. 1262 u. 1281.

[21]) Gründe eines Erk. des O.H.G. in der Sammlung Bd. XXIV, S. 35.

[22]) „Ein Brauer, welcher sein Geschäft im Grossen treibt, aber zugleich eine Schenke hält, ein Weinhändler, welcher nebenbei eine Weinstube hat, bleibt Vollkaufmann." Vgl. Völderndorff's Kommentar, S. 82.

[23]) Einf.Gesetz, § 7.

[24]) Einf.Gesetz, Art. 4.

[25]) Hiernach soll die Eigenschaft des Kleinkaufmannes in der Regel mit der III. Gewerbesteuerklasse zusammenfallen.

[26]) Eine Druckerei mit einer Presse soll z. B. als „Handwerksbetrieb" angesehen werden.

[27]) Vgl. hierüber Goldschmidt, I. Aufl., Bd. I, S. 101.

stimmungen in dieser Materie stehen dieselben? Man kann sagen,[1]) nachdem das Handelsgesetzbuch nichts Neues für diese Art von Kaufleuten einführt, ist es beim bisherigen Rechte geblieben, und die Kleinkaufleute sind daher hinsichtlich ihrer Firmen, Handelsbücher u. s. w. nach dem früher bestandenen gesetzlichen Bestimmungen zu beurtheilen. Allein diese Ansicht widerspricht der aus den Berathungen ersichtlichen Absicht des Gesetzes und widerlegt sich aus der Fassung des Abs. 2 des Art. 10. Die Protokolle[2]) zeigen, dass man nicht abgeneigt gewesen wäre, der in Frage stehenden Klasse von Handeltreibenden die Kaufmanns-Eigenschaft überhaupt zu versagen, dass man zwar hiervon mit Rücksicht auf die Bestimmungen des IVten Buches Umgang nahm, dass man aber die Vorschriften über das kaufmännische Etablissement in seiner äusseren formellen Erscheinung (Firma, Repräsentation, Buchführung) für sie als unzweckmässig erachtete. Es war daher die Idee, die Kleinkaufleute sollten überhaupt keine Firmen haben, keine Prokuristen aufstellen, zu keiner Buchführung verpflichtet sein. Und so heisst es denn auch im Abs. 2 des Art. 10 nicht: Vereinigungen zum Betriebe eines Kleingeschäftes sind den Bestimmungen des zweiten Buches[3]) nicht unterworfen, sondern: „solche Vereinigungen gelten überhaupt nicht als Handelsgesellschaften," also auch nicht als Handelsgesellschaften des früheren Rechtes.

Was die Handelsbücher insbesondere betrifft, so sind die Kleinkaufleute weder zur Führung von solchen, noch zur Kopirung ihrer Handelsbriefe und zur Aufbewahrung der empfangenen verpflichtet; ebenso ist ihnen die Inventarisirung und Bilanz-Aufstellung erlassen.

Was die Beweiskraft der Bücher betrifft, welche (ohne die Verpflichtung hiezu) etwa von solchen Kleinkaufleuten geführt werden, so stand dieselbe ehedem derjenigen der Bücher von Vollkaufleuten nicht gleich. Nachdem jedoch durch das Einf.Ges. zur Reichscivilprozessordnung, § 13, Abs. 2, die Art. 34—36 des A. d. H.G.B. aufgehoben sind, hat dieser Unterschied sich beseitigt.[4]) Das Nähere, insbesondere auch die Frage der Editionspflicht wird unten behandelt werden.[5])

---

[1]) So Thöl a. a. O. S. 135, Not. 2.

[2]) S. 1257.

[3]) Die stille Gesellschaft und die Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften (Buch III) sind keine „Handelsgesellschaften" im technischen Sinne; hiervon also sind auch die Kleinkaufleute nicht ausgeschlossen.

[4]) Hierdurch ist auch die Kontroverse (vgl. Goldschmidt, I. Aufl., S. 383, Not. 30) gegenstandslos geworden, ob Partikulargesetze und Gewohnheiten über die Beweiskraft der Handelsbücher solcher Personen, welche jetzt zu den Kleinkaufleuten zählen neben dem Handelsgesetzbuche noch bestehen geblieben seien.

[5]) Vgl. § 13 Ziff. 2 des Einf.Ges. zur R.C.Pr.O.

C. Insbesondere.

1. Die Handelsfrau.

§ 30.

a. Begriff derselben.

Diejenigen Momente, welche den Mann zum „Kaufmann" machen, machen eine Person weiblichen Geschlechts zur Handelsfrau. Erfordert wird demnach lediglich der gewerbemässige Betrieb von Handelsgeschäften Seitens einer Frau. Durch Betheiligung an einem einzelnen Gewinngeschäfte, Einschuss eines Kapitals in einen Handelsbetrieb als Kommanditistin oder stille Gesellschafterin, durch Theilnahme an einer Aktiengesellschaft,[1] wird das Frauenzimmer nicht zur Handelsfrau. Dagegen macht es keinen Unterschied, ob sie das Handelsgewerbe allein oder in Gemeinschaft mit anderen, auch mit ihrem Ehemann betreibt,[2] soferne sie nur hiebei selbst mit in der Geschäftsinhaberschaft steht und nicht blos Beihülfe im Geschäfte leistet.[3] Ist sie die Geschäftsinhaberin, so bleibt sie Handelsfrau, auch wenn sie nicht in eigener Person, sondern durch Dritte den Betrieb faktisch ausübt.[4]

Ebenso wie beim Manne bedarf es auch bei der Frau nur des faktischen Betriebes des Gewerbes, um sie zur Handelsfrau zu machen; eine besondere Erklärung, eine solche sein zu wollen,[5] ist nicht erforderlich; eine Erklärung, nicht Handelsfrau sein zu wollen, ist dem faktischen Betriebe gegenüber unerheblich.

Für den Handelsbetrieb der Ehefrau aber schreibt das Handelsgesetzbuch noch eine besondere Voraussetzung vor,[6] indem der Art. 7 verfügt: „Eine Ehefrau kann ohne Einwilligung ihres Mannes nicht Handelsfrau sein."

A. Das Gesetz sagt: „nicht sein." Das heisst: ohne Konsens in stehender Ehe nicht **werden**; falls sie es im ledigen Stande gewesen, bei der Verheirathung nicht **bleiben**, ohne die Einwilligung erhalten zu haben, und endlich, wenn der Ehemann seinen Konsens zurückzieht, **aufhören**.

---

[1]) Auch dann ist die Erbin nicht Handelsfrau, wenn in der Erbschaft, welche sie cum beneficio legis et inventarii angetreten hat, ein kaufmännisches Etablissement sich befindet und fortbetrieben wird. Brinkmann, § 18, Abs. 2.

[2]) A. d. H.G.B., Art. 6, Abs. 3.

[3]) Ueber das Sitzen zu „Kram und Laden" vgl. unten.

[4]) Das A. d. H.G.B. sagt in der Not. 2 citirten Stelle: es mache keinen Unterschied, ob sie das Gewerbe in eigener Person oder durch einen Prokuristen betreibe. Dies darf aber nicht dahin verstanden werden, dass der sie vertretende Dritte immer Prokurist sein müsse; er kann auch einfacher Handlungsbevollmächtigter sein.

[5]) Wie dies ehedem partikularrechtlich mitunter verlangt war, vgl. Endemann, § 23, Not. 7.

[6]) Eine Zustimmung des Kurators oder Beistandes, wo Geschlechtskuratel etwa partikularrechtlich noch besteht, halte ich nicht für erforderlich; denn sonst hätte das A. d. H.G.B. diese Voraussetzung erwähnen müssen.

Dieser letztere Fall bedarf einer näheren Erörterung. An sich kann die Befugniss des Ehemannes zu der Zurückziehung seiner Zustimmung nicht bezweifelt werden, fraglich ist nur, ob die Ehefrau hiegegen keine Einsprache hat und wie die Revokation gegen Dritte wirkt.

1) Es war früher Lehre des deutschen Handelsrechts,[7]) dass gegen grundlose Zurücknahme des Konsenses die Ehefrau sich an das Gericht wenden könne. Allein in dieser Allgemeinheit kann der Satz nicht gebilligt werden. Das Gericht vermag die Erklärung des Mannes nicht zu annulliren und der Ehefrau eine Autorisation zur Fortsetzung des Geschäftes ohne Zustimmung des Mannes nicht zu ertheilen, ausser in den Fällen und unter Herrschaft solcher partikularrechtlicher Gesetze, in welchen überhaupt die Supplirung des eheherrlichen Konsenses zulässig ist.[8]) Dagegen wird jedenfalls der Frau gegen unzeitige oder gar bösliche Kündigung ein gewisser Schutz in soweit zu geben sein, dass ihr eine angemessene Zeit zur Abwicklung der Geschäfte gegönnt werden muss.[9])

2) Was die Frage betrifft, in wie weit eine Zurückziehung des Konsenses durch den Ehemann gegen Dritte wirksam sei, so war bei Berathung des H.G.Buchs in Erwägung genommen worden, zu bestimmen, dass eine solche Revokation nur nach ihrer Veröffentlichung eine Wirkung äussern könne;[10]) allein man ging später davon ab, erwägend,[11]) dass wenn auch ein lediglich zwischen Mann und Frau sich vollziehender Widerruf gegen Dritte nicht verbindlich sein könne, doch sich nicht bestimmt vorschreiben lasse, wie dieser Widerruf äusserlich kund zu machen sei. Es kann dies in verschiedenster Art geschehen;[12]) sobald nur der Dritte davon weiss oder wissen muss, tritt die Wirksamkeit gegen ihn ein.[13])

3) Das innere Motiv für die bisher erörterte gesetzliche Bestimmung liegt darin, dass die Ehefrau regelmässig unter der Gewalt ihres Mannes steht, dass sie über ihr Vermögen, ohne Zustimmung desselben, nicht verfügen soll und dass der Handelsbetrieb der Frau nicht nur das in der Ehe eingebrachte Vermögen,

---

[7]) Vgl. Brinkmann, Handelsrecht, S. 47, Not. 9. Mittermaier, deutsches Privatrecht, II, § 536, Anmerk. 24.

[8]) Diese Supplirung wird in den meisten Einführungsgesetzen zum A. d. H.G.B. ausdrücklich gemacht. Oesterreichisches Einf.Ges. § 6 (wenn sich aus der amtlichen Erhebung ergibt, dass durch den Handelsbetrieb der Ehefrau die Rechte des Ehemannes einer Gefährdung nicht ausgesetzt sind), Badisches Einf.Ges., Art. 6; Württembergisches Art. 8, Bremen, § 3, Hamburg, § 5, Oldenburg, Art. 3, Mecklenburg, § 8, Preussen u. Bayern haben im Einf.Ges. die Frage nicht erwähnt. Nach Preussischem Rechte wird die Kontroverse erörtert in Busch, Arch. Bd. VI, S. 14 ff.

[9]) Dies ist französische Lehre, welche einen nach Anhörung des Ehemannes erlassenen richterlichen Ausspruch gestattet, vgl. Völderndorff's Kommentar, Bd. I, S. 58, Not. 7.

[10]) Vgl. Prot., S. 18.

[11]) Vgl. Prot., S. 888 ff.

[12]) Schliessung des Ladens, Streichung der Firma, öffentliche Kundmachung u. s. w.

[13]) Bei der Berathung des Gesetzbuches (Prt. S. 889) wurde die Frage, ob der Widerruf im Handelsregister einzutragen sei, verneint. Einzelne Einführungsgesetze schreiben die Eintragung indessen vor.

wovon dem Manne Rechte zustehen, sondern häufig sogar das Vermögen des Mannes selbst in Mitleidenschaft zieht. Daraus wäre zu folgern,[14]) dass, wo die Vermögensverhältnisse beider Ehegatten völlig getrennt sind, wo nach dem unter ihnen geltenden Güterrechte der Mann an dem Eigenthum der Frau keinerlei Ansprüche hat und für die von der Frau eingegangenen Verbindlichkeiten in keiner Weise haftet, da auch die Zustimmung des Mannes zum Handelsbetriebe der Frau nicht erforderlich sein müsse. Allein das Gesetz macht keinen Unterschied und mit Recht; denn immerhin ist die Ergreifung eines eigenen, die Frau der Häuslichkeit entfremdenden Lebensberufes eine so präjudizirliche Handlung, dass dem Ehemanne die Einwirkung darauf nicht versagt sein kann.[15])

B. Unter „Ehefrau" ist nicht jede einem Manne angetraute Frau, sondern nur die in rechter Ehe lebende Frau zu verstehen.[16]) Hiernach bedarf diejenige Frau, deren Ehe nach dem Gesetze für **ungültig** oder für **nichtig** erklärt oder **aufgelöst** ist, einer Zustimmung ihres früheren Ehemannes natürlich nicht.[17]) Was die von Tisch und Bett geschiedenen Eheleute betrifft, so muss angenommen werden, dass nunmehr nur diejenige Ehefrau von der Vorschrift des Art. 7 des A. d. H.G.B. entbunden ist, welche nach § 77 Abs. 2 des R.Gesetzes vom 6. Februar 1875 diese Scheidung in eine Auflösung der Ehe gerichtlich hat umändern lassen. Eine blos temporär getrennte Ehefrau muss die Zustimmung ihres Ehemannes einholen.[18])

Ebenso[19]) bleibt die böslich verlassene Frau, die Frau, deren Mann geisteskrank, landesabwesend,[20]) im Strafvollzuge oder sonst an Ertheilung des Konsenses gehindert ist, Ehefrau und kann ein Handelsgeschäft nicht etabliren, ohne die Eheauflösung erwirkt zu haben oder (wo dies partikularrechtlich zulässig ist[21]) den Konsens gerichtlich suppliren zu lassen.

---

[14]) Namentlich jetzt, wo die frühere Erwägung, dass die Handelsfrau regelmässig, besonders durch den Wechselverkehr, ihre Person mitverhaftet, nicht mehr Platz greift.

[15]) Ein Antrag: „landesgesetzliche Bestimmungen vorzubehalten", war in I. u. II. Lesung des Handelsgesetzbuches angenommen gewesen, wurde aber in III. Lesung (Prot. S. 4508) gestrichen.

[16]) Die Wittwe fällt ohnehin nicht unter Art. 7 Abs. 1 des A. d. H.G.B. Auch dann, wenn die Kinder etwa an Stelle des verstorbenen Vaters die Gütergemeinschaft fortsetzen, tritt nicht etwa die Zustimmung der Vormundschaftsbehörde an die Stelle des eheherrlichen Konsenses.

[17]) Das nunmehr zu Kraft bestehende Personenstandsgesetz bedingt hiefür selbstverständlich das Erkenntniss des zuständigen weltlichen Gerichtes.

[18]) Ueber die Frage, ob auch solche Scheidungen nach § 77 umgewandelt werden können, vgl. Stölzel, Wiederverheirathung, S. 45.

[19]) Anderer Meinung ist Hahn, Kommentar Bd. I, S. 33, welcher sich dahin ausspricht, dass es von der verschiedenen Auffassung der ehemännlichen Rechte, sowie von den Umständen des Falles abhänge, ob die Einwilligung erforderlich sei oder nicht.

[20]) Diese Abwesenheit kann unter Umständen zur Todeserklärung führen, in welchem Falle dann die Frau als Wittwe erscheint. Vgl. hierüber die ausführlichen Erörterungen von Sicherer's in seinem Kommentar zum Personenstandsgesetz zu § 34, S. 356 flg.

[21]) Vgl. oben Not. 9.

C. Die Einwilligung des Ehemannes kann ausdrücklich oder stillschweigend durch konkludente Handlung erfolgen; eine besondere Form ist für Ertheilung derselben nicht vorgeschrieben. Eine Eintragung im Handelsregister ist nicht allgemein gesetzlich angeordnet;[22]) wohl aber wird bei Anmeldung der Firma einer Ehefrau der Richter sich über Vorhandensein des Konsenses zu informiren haben.[23])

Als Hauptfall der stillschweigenden Einwilligung bezeichnet das Gesetz: wenn die Frau mit Wissen und ohne Einspruch ihres Ehemanes Handel treibt. Der Ehemann weiss den Handelsbetrieb auch dann, wenn er ihn wissen muss;[24]) wer eine Handelsfrau heirathet, ohne dass diese ihr Geschäft aufgibt,[25]) wer am Orte anwesend ist, wo seine Ehefrau einen Laden eröffnet oder auf offenem Markte feil hält, kann sich auf Unkenntniss nicht berufen.[26]) Auch für den Einspruch ist eine bestimmte Form nicht vorgeschrieben; indessen wird man davon ausgehen müssen, dass derselbe in einer dem Publikum erkennbaren Weise kundgegeben sein muss, z. B. durch Verhinderung des Firmeneintrags beziehungsweise Löschung der etwa eingetragenen Firma, öffentliche Ausschreibung u. s. w. Dass der Ehemann auch die gewerbepolizeiliche Einschreibung veranlassen kann, bezweifle ich nicht.[27])

§ 31.

b. Rechtliche Stellung derselben.

Die Handelsfrau steht dem Kaufmann rechtlich gleich;[1]) sie hat in dem Handelsbetriebe alle Rechte und Pflichten eines Kaufmannes.[2])

I. Daher finden einestheils die Bestimmungen über Anmeldung zum Handelsregister, über Buchführung, Inventarisation und Bilanzziehung auf dieselbe Anwendung, anderntheils ist ihre rechtliche Qualifikation als die eines Mannes,

[22]) Wohl aber partikularrechtlich in einigen Einf.Gesetzen.

[23]) Hierbei ist indessen ein förmliches Ermittlungsverfahren offenbar unzulässig, da ja blosses Stillweigen des Ehemannes genügt.

[24]) Entgegengesetzter Ansicht ist Behrend, Lehrbuch S. 176, Not. 3, und zwar weil der Antrag statt der Worte „mit Wissen und ohne Einspruch" zu setzen „öffentlich" bei der Berathung (Prot. S. 890) abgelehnt worden sei.

[25]) Preuss. L.R. Th. II., Tit. 8, § 49 ff.

[26]) Eine Folge seiner Einwilligung ist, dass er die Domizilsbegründung seiner Ehefrau an dem Ort, an welchem sie mit seiner Zustimmung ihr Handelsgeschäft eröffnet, auch gegen sich gelten lassen muss; vgl. Erk. des App.Ger. zu Hamm v. 19. März 1866 (Busch, Arch. Bd. XVII, S. 171).

[27]) Vgl. S. 171 und die Ausführung bei Behrend, Lehrbuch S. 179, Not. 14.

[1]) Dass eine Frau Handelsfrau sei, wird nicht vermuthet, sondern muss bewiesen werden; dagegen spricht bei einer Handelsfrau dafür, dass ihre Schuldscheine u. Verträge zum Handelsbetriebe gehören, allerdings der Vermuthung des Art. 274 (Thöl, Bd. I, § 42. II. 3).

[2]) Sofern sie ausserhalb des Handelsbetriebes handelt oder nur einzelne Handelsgeschäfte abschliesst, bleibt das sonstige bürgerliche Recht für sie in Kraft (Endemann, § 23, S. 104). Dagegen bleibt die Handelsfrau eine solche nicht blos in ihrem Handelsbetriebe, sondern in jedem, vgl. Völderndorff's Kommentar, Bd. I, S. 51.

nicht als einer Frau festzuhalten. Sie bedarf zu den einzelnen Handelsgeschäften keines Konsenses,[3]) sie kann sich vor Gericht selbständig vertreten (Art. 9 des A. d. H.G.B.); sie darf aber auch in Betreff ihrer Handelsgeschäfte auf die Wohlthaten sich nicht berufen, welche in den Gesetzen den Frauen und den Ehefrauen insbesondere eingeräumt sind,[4]) und zwar ohne Unterschied ob sie das Handelsgewerbe allein oder in Gemeinschaft mit Anderen, ob sie dasselbe in eigener Person oder durch einen Prokuristen betreibt.[5]) (Art. 6 des A. d. H.G.B.)

II. Dass die Handelsfrau mit ihrem gesammten Vermögen für die Handelsschulden haftet, ist an sich selbstverständlich. Das Gesetz spricht (in Art. 8 Abs. 2 des A. d. H.G.B.) indessen für die Handeltreibende Ehefrau den weitergehenden Satz aus, dass für die Schulden auch jenes Vermögen haften soll, an welchem für den Ehemann durch die Ehe Rechte begründet sind. Die Bestimmung rechtfertigt sich durch den Umstand, dass die Ehefrau ohne Zustimmung des Mannes nicht Handelsfrau sein kann, dass aber in der Einwilligung zu diesem Gewerbebetriebe ein Verzicht auf die eheherrlichen Rechte gegenüber den Gläubigern gefunden werden muss.[6])

Nur den **Gläubigern** gegenüber: der Ehemann behält, ohngeachtet des Handelsbetriebes seiner Ehefrau, rechtlich[7]) die Verwaltung des Dotalvermögens und des Eingebrachten, er verliert auch nicht die Nutzniessung am ehefräulichen Vermögen, soweit ihm alle diese Rechte nach Vertrag oder Landesrecht zustehen. Allein es kommt ihm weder im Allgemeinen ein den Handelsbetrieb der Ehefrau störendes Eingreifen in ihre Handelsgeschäfte, insbesondere auch nicht ein Anfechtungsrecht[8]) zu, noch auch kann er seine Ansprüche den Ansprüchen der Handelsgläubiger entgegensetzen.[9])

Die Bevorzugung der Gläubiger erstreckt sich aber auch auf das gemeinschaftliche Vermögen. Nicht blos die ideelle Hälfte der Ehefrau, sondern das Ganze haftet für ihre Schulden und zwar ohne Unterschied ob nun Errungenschaftsgemeinschaft, partikulare oder allgemeine Gütergemeinschaft besteht.

Mit seinem **persönlichen** Vermögen haftet natürlich der Ehemann an und für sich für die Schulden der Frau nicht. Nur im Falle der Ehemann in allgemeiner Gütergemeinschaft mit seiner handeltreibenden Ehefrau steht, lässt

---

[3]) Auch nicht die Ehefrau, sobald sie den Konsens zum Handelsbetriebe einmal hat (Art. 8 Abs. 1 des A. d. H.G.B.), deshalb kann z. B. eine mit Genehmigung ihres Mannes handeltreibende Ehefrau in eine Gesellschaft eintreten, einen Gesellschafter aufnehmen, aus einer Gesellschaft austreten, ohne hierzu eine besondere Ermächtigung ihres Ehemannes nachzusuchen (Erk. des App.Ger. zu Eisenach v. 13. Oktober 1871 in Busch Arch., Bd. XXV, S. 377).

[4]) So insbesondere hinsichtlich ihrer Verbürgung vgl. Busch, Arch. Bd. VIII, S. 149.

[5]) Entgegengesetzte Bestimmung findet sich im Pr. L.R. Th. II, Tit. VIII. § 492 u. 495.

[6]) Hierdurch rechtfertigt sich auch die unten S. 171 vertretene Ansicht, dass diese Einwilligung auch jetzt noch ohngeachtet der Gewerbeordnung nothwendig ist.

[7]) Faktisch wird er wohl gewöhnlich das Vermögen „aus der Hand" lassen müssen.

[8]) Vgl. Völderndorff's Kommentar Bd. I, S. 65.

[9]) Die K.O. weist in § 1, Abs. 2 diesen Niesbrauch in die Konkursmasse des Ehemannes; allein auch hier gehen die Handelsgläubiger vor.

sich die Fiktion einer Handelsgesellschaft auf das Verhältniss anwenden[10]) und weil ein solcher socius für die Schulden der Gesellschaft mit seinem persönlichen Vermögen haftet, so hat man in einigen Rechten[11]) dies auch hinsichtlich des Ehemannes verfügt. Das A. d. H.G.B. lässt es indessen beim Landesrechte.[12])

§ 32.

c. Die Ehefrau als Gehülfin.

Die Ehefrau eines Kaufmannes, welche ihrem Ehemanne nur Beihülfe, wenn auch in noch so grossem Maasse, ja vielleicht so, dass sie thatsächlich allein die Geschäfte führt,[1]) im Handelsgewerbe leistet, ist keine Handelsfrau (Art. 7, Abs. 3 des A. d. H.G.B.); denn „Kaufmann ist nur (vgl. oben S. 138) wer im eigenen Namen Geschäfte macht.“ Auch hier bietet indessen der Fall allgemeiner Gütergemeinschaft unter den Ehegatten eine Schwierigkeit; da hier der Geschäftsgewinn gemeinsam ist, so kann man zur Argumentation gelangen, dass nachdem die Ehefrau den Handel mitbetreibt und zugleich vermögensrechtlich von allen Geschäften mitbetroffen wird, ihre Mitinhaberschaft am Geschäfte faktisch vorhanden und sie deshalb als Handelsfrau anzusehen sei. Das Preussische Landrecht hatte daher[1a]) den Satz genau formulirt dahin: „die Ehefrau eines Kaufmannes, welche dem Mann in seinen Geschäften blos hülfreiche Hand leistet, ist selbst an Orten, wo Gemeinschaft der Güter unter ihnen obwaltet, für eine Kaufmannschaft treibende Person noch nicht zu achten.“ Das A. d. H.G.B. ist offenbar gleichfalls in dieser weiteren Fassung zu verstehen; auch dadurch dass die in Gütergemeinschaft lebende Ehefrau eines Kaufmannes im Geschäfte thätig ist, wird sie nicht Handelsfrau. Letztere Qualifikation tritt nur ein, wenn die Eheleute das Gewerbe als offene Gesellschafter ausüben und gemeinsame Inhaber der Firma sind.[2])

Allein dies gilt nur hinsichtlich der **persönlichen** Eigenschaft der Ehefrau;[3]) eine ganz andere Frage ist es, ob eine solche Ehefrau für die Handelsschulden

---

[10]) In der Regel werden in solchem Falle wohl beide Eheleute gemeinsam Inhaber des Geschäftes sein.

[11]) Code du commerce Art. 5 „la femme marchande publique — oblige aussi son mari s'il y a communanté entre eux. Preuss. L.R. Th. II, Tit. I, § 337. Auch der Mann ist verhaftet, wenn die Frau die Einkünfte — sich nicht besonders vorbehalten hat.

[12]) Der Preuss. Entwurf hatte die Bestimmung in Art. 6 Abs. 2; gelangte aber nicht zur Annahme, vgl. Prt. S. 891.

[1]) v. Hahn Bd. 1, S. 35. Gehülfin ist sie nicht, wenn das Geschäft auf ihren Namen allein oder in Gesellschaft geführt wird, was als thatsächlich nachgewiesen werden muss. S. die Entsch. des Berliner Ob.Trib. in Gruchot's Beitr. Bd. 20, S. 823.

[1a]) Th. II, Tit. VIII. § 496.

[2]) Gewöhnlich werden sie dann als solche im Register stehen; rechtlich freilich entscheidet dies nicht.

[3]) Jetzt ist allerdings die ganze Unterscheidung nicht mehr sehr wichtig; ehedem aber handelte es sich um die Frage, ob eine solche Ehefrau dem Personalarreste unterworfen werden könne, und war daher sehr praktisch.

mit ihrem Vermögen hafte oder nicht. Diese Frage entscheidet sich nach Landesrecht und nach den meisten partikulargesetzlichen Vorschriften[4]) wird die Ehefrau — einerlei ob sie Handelsfrau ist oder nicht — sobald sie im Geschäftsbetriebe Beihülfe leistet — „mit ihres Mannes Gewerbe erweislicher Massen sich beladet", „im Laden und Markt mit Kaufen und Verkaufen handtiert" — für die Geschäftsschulden mit ihrem eigenen Vermögen haftbar.[5]) Eine wichtige Folge hiervon ist, dass im Falle einer Ueberschuldung stets der Konkurs über das Vermögen beider Ehegatten eröffnet werden muss.[6])

2. Der Minderjährige.

§ 33.

a. Fähigkeit.

Während das A. d. H.G.B. die Verschiedenheit des Geschlechtes bei seinen Bestimmungen über den Handelsbetrieb ausdrücklich in Betracht zieht, geschieht des Alters keine Erwähnung. Als nächste Schlussfolgerung hieraus würde sich ergeben, dass für das Gebiet des Handelsrechtes der Alterunterschied überhaupt keine Bedeutung haben solle, dass also der Minderjährige ebensogut und unter denselben Voraussetzungen wie der Grossjährige als Kaufmann auftreten könne und dass der Minderjährige, sobald er Kaufmann ist, dieselbe Stellung, Handlungs- und Rechtsfähigkeit innehat, wie der Grossjährige. Allein diese Folgerung wäre nur begründet, wenn das Handelsgesetzbuch eine umfassende Kodifikation bilden würde; nur in diesem Falle liesse sich aus dem Stillschweigen über einen gewissen Punkt gleichsam ein argumentum e contrario ableiten. Da aber neben den Bestimmungen des Handelsgesetzbuches noch die allgemeinen gesetzlichen Normen stehen und erstere zu den letzteren sich nur derogirend und modifizirend verhalten, so ist die obige Argumentation unstichhaltig und bietet sich die zweite dar, dahin gehend: dass weil das Handelsgesetzbuch nichts Besonderes verfüge, hinsichtlich des Handelsbetriebes der Minderjährigen auch nichts Besonderes gelte, so dass der Minorenne in Ausübung des Handelsgewerbes denselben Beschränkungen unterworfen wäre, wie in allen sonstigen Rechtsgeschäften, dass er aber anderseits auch die ihm im Allgemeinen zustehenden Schutzmittel für sich auch in Betreff der von ihm oder für ihn geschlossenen Handelsgeschäfte unbeschränkt anrufen könne. Allein auch diese Auslegung ist unrichtig; dies ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte des Handelsgesetzbuches. Bei Berathung desselben wurde nemlich wiederholt[1]) beantragt auszusprechen, dass

---

[4]) Vgl. Völderndorff's Kommentar Bd. I, S. 63.

[5]) Rechtlich wird dies in der Regel so formulirt: „Sitzen zu offenem Kram u. Laden, Sitzen zu offenem Bank u. Schragen bewirkt die allgemeine Gütergemeinschaft." Die Gewerbe, in denen Eheleute in solchen Güterstand stehen müssen, nennt man auch die „Gewerbe zur offenen Tasche."

[6]) Vgl. Völderndorff, Kommentar zur Konkursordnung Bd. I, S. 403.

[1]) Vgl. Lutz, Erläuterung des Bayrischen Einführungsgesetzes, S. 45.

sich der minderjährige Handelsmann in Betreff seiner Handelsgeschäfte auf die Rechtswohlthaten der Minderjährigen nicht berufen könne; dieser Antrag wurde abgelehnt, aber nur deshalb: „weil über die Frage der Stellung der Minderjährigen im Handelsverkehre die Partikulargesetzgebungen zu weit auseinandergehen, als dass eine Vereinigung möglich wäre.“ [2])

Sonach stellt sich die Sache so: die Altersgrenze zwischen Volljährigkeit und Minderjährigkeit ist auch für das Gebiet des Handels von Einfluss; ganz gleich mit der Stellung des Minderjährigen im Rechtsverkehre überhaupt aber ist dessen Stellung als Kaufmann nicht; welche besondere Bestimmungen hierüber massgebend sind, muss nach Partikularrecht entschieden werden. [3]) Dagegen wird die Frage, wann ein Deutscher als „minderjährig“ zu erachten sei, auch für das Handelsgewerbe reichsgesetzlich beantwortet. [4])

Das Gesetz vom 17. Februar 1875 [5]) lässt das Alter der Grossjährigkeit mit dem vollendeten einundzwanzigsten Lebensjahre beginnen. [6]) Ueber venia aetatio, Dispensationen u. dgl. spricht das Gesetz nicht; es bleibt hierin beim Partikularrechte der einzelnen Staaten. Wo also diese [7]) in der Gestattung einer Ausübung des Handwerksgewerbes die stillschweigende Ertheilung der venia aetatio gegeben erachten, hat es hiebei sein Bewenden. Ebenso ist es selbstverständlich, dass derjenige Minderjährige, welcher nach dem betreffenden Partikulargesetze mittelst Dispensation als grossjährig erklärt ist, auch im Gebiete des Handels keinen weiteren Beschränkungen unterliegt. [8])

§ 34.

b. Kaufmannseigenschaft desselben.

Nachdem das Handelsgesetzbuch die Kaufmannseigenschaft an den faktischen Betrieb knüpft, ist auch der Minderjährige, welcher gewerbemässig Handelsgeschäfte schliesst, Kaufmann. Es ist aber zu unterscheiden:

I. Nach übereinstimmender Ansicht der Doktrin [1]) darf derselbe eine solche

---

[2]) Protokolle Bd. I, S. 20.

[3]) Behrend, Lehrbuch S. 156.

[4]) Die Dauer der Minderjährigkeit ist nach dem Rechte des Staates zu bemessen, dem die betreffende Person angehört. Erk. des Badischen Oberhofgerichts vom 11. Mai 1871. Vgl. Not. 1 ff.

[5]) Reichsgesetzblatt von 1865, S. 71, Nr. 8.

[6]) Nachdem schon im Norddeutschen Bunde ein desfallsiger Antrag auf gemeinsame Regelung der Frage gestellt worden, ist das nunmehrige Gesetz in Folge Antrages des Reichstagsmitgliedes Prosch und Genossen erlassen (Stenogr. Ber. von 1874/75; Bd. III, S. 766 und Bd. IV, S. 961). Ueber die Verhandlungen im Plenum vgl. Bd. I, S. 582 ff. und S. 717 ff.

[7]) Z. B. das in Bayern in einigen Orten als Partikularrecht geltende Oesterreichische Recht. (Gesetzbuch von 1786; Gesetzb. von 1811, Art. 252.)

[8]) Die sich auf Immobiliargeschäfte beziehende Ausnahme des gemeinen Rechts (c. 36, de his qui omnino C. (2, 45) kommt beim Handel nicht in Betracht. Das Preuss. L.R. Th. II, Tit. 8, § 577 hatte die Bestimmung, dass der Minderjährige vor Zulassung zum Handelsgewerbe grossjährig erklärt werden müsse.

[1]) Vgl. z. B. Brinkmann § 19.

Thätigkeit nicht ausüben, ohne gewisse Vorbedingungen zu erfüllen, und ohne hiezu die ausdrückliche oder stillschweigende Genehmigung des Vaters oder Kurators erholt zu haben. Was aber ist die Folge, wenn diese Vordedingungen nicht erfüllt sind, wenn insbesondere diese Genehmigung nicht vorliegt? Ich bin der Ansicht, dass vor Allem ein solcher Geschäftsbetrieb von Seite der Gewerbepolizeibehörde verboten werden kann.[2]) Denn wenn auch § 1 der Gewerbeordnung der Gewerbebetrieb „Jedermann" (also auch Minderjährigen) gestattet, so folgt doch aus § 46, dass Minderjährige eines Stellvertreters bei der faktischen Ausübung bedürfen. Sie können gewerbeordnungsgemäss das Handelsgewerbe treiben, aber nicht ohne Weiteres selbstthätig auftreten. Hienach würde dem ohne Genehmigung arbeitenden Minderjährigen die Eintragung der Firma in das Handelsregister gleichfalls zu versagen sein. Anderseits aber bleibt der Minderjährige, sobald er effektiv Handel treibt, rechtlich doch ein „Kaufmann"; seine Geschäfte sind Handelsgeschäfte, er steht unter Handelsrecht. Weil indessen das Handelsgesetzbuch des Minderjährigen nicht erwähnt, würde er meines Erachtens in Bezug auf seinen Handelsverkehr nur dann der im übrigen Verkehre für Minderjährige bestehenden Vorschriften enthoben oder verlustig sein, wenn das einschlägige Partikulargesetz dies ausdrücklich bestimmt.[3]) Ein solches ist mir in Deutschland nicht bekannt. Demnach sind Handelsgeschäfte eines Minderjährigen, welcher ohne Erfüllung der vorgeschriebenen Vorbedingungen insbesondere ohne Genehmigung seines Vaters oder Kurators[4]) ein Handelsgewerbe treibt, nicht weiter gültig und rechtswirksam, wie jedes andere von einem Minorennen eingegangene Rechtsgeschäft.[5]) Die Restitution, wie solche im Civilrechte zulässig ist, muss ihm unbeschränkt gewährt werden;[6]) wo eine Verjährung gegen Minderjährige nach gewöhnlichem Rechte ausgeschlossen ist, bleibt sie es auch für Klagen auf dem Gebiete des Handelsverkehrs[7]) gegen unbefugt handelnde Minderjährige.

II. Was nun die partikulargesetzlichen Vorbedingungen für den ordnungs-

[2]) Ein Erk. des Berliner Obertrib. vom 16. Februar 1866 (Oppenhof, Sammlung Bd. VII, S. 107; Busch, Arch. Bd. IX, S. 148) erklärt, dass der Thatbestand eines Betruges gegeben sei, wenn ein Minderjähriger durch Geschäftseröffnung und öffentlichen Handelsbetrieb den Schein erregt, als sei er handlungsfähig.

[3]) Die Doktrin ist getheilt. (Vgl. Endemann a. a. O. S. 106, Not. 90.) Aber auch wenn sie einstimmig wäre, könnte sie meines Erachtens hierüber nicht entscheiden; dazu bedürfte es positiver gesetzlicher Vorschriften.

[4]) Um so mehr wenn er gegen Verbot handelt.

[5]) Dass der Dritte im Verkehre oft schwer im Stande ist, den Minderjährigen als solchen zu erkennen, ist richtig; allein in jedem Verkehre, nicht blos im kaufmännischen. In diesem kann er sich im Gegentheile durch Einsicht des Handelsregisters eher sichern, als sonst der Fall ist.

[6]) Auch gegen Abschliessung eines Gesellschaftsvertrages; hier ist insbesondere der Dritte nicht wohl entschuldigt, wenn er ein so wichtiges Geschäft ohne volle Information abschliesst.

[7]) Nur die Bestimmung des Art. 149 des A. d. H.G.B. findet gegen solche Minderjährige ihre Anwendung. Denn dieser Artikel spricht nicht blos von Minderjährigen, für welche der Vormund handelt, sondern stellt diese als „bevormundete Personen" neben die „Minderjährigen" als solche.

mässigen Handelsbetrieb durch Minderjährige betrifft,[8]) so setzt das Preussische Landrecht (Th. II, Tit. 8, § 477) die Grossjährigkeitserklärung voraus und § 478 bestimmt, dass ein grossjähriger Haussohn durch ein nicht gegen Verbot seines Vaters betriebenes Handelsgewerbe sofort stillschweigend aus der väterlichen Gewalt geht.[9]) Das Preussische Einführungsgesetz zum A. d. H.G.B. verfügt in Art. 37 — aber nur für den Geltungsbezirk des Französischen Rechts —: „ein Minderjähriger, ohne Unterschied des Geschlechts, kann nur dann Kaufmann sein,[10]) und in Ansehung der in seinem Handelsbetriebe eingegangenen Verbindlichkeiten für volljährig erachtet werden, wenn er 18 Jahre alt, emanzipirt und ausdrücklich ermächtigt ist (durch den Vater, eventuell der Mutter, subeventuell einen Familienrathsbeschluss), das Handelsgewerbe zu betreiben".

Das Bayerische Einführungsgesetz verfügt in Art. 7, Abs. 2, dass Minderjährige rücksichtlich aller auf den Betrieb des Handelsgewerbes bezüglichen Geschäfte und Rechtshandlungen für grossjährig erachtet werden sollen, wenn sie nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts zum Handelsbetriebe befugt sind. Besondere Bestimmungen des bürgerlichen in Bayern geltenden Rechts über die Frage, wann ein Minderjähriger diese Befugniss habe, sind aber nicht vorhanden. Es muss demnach dabei sein Bewenden haben, dass eine obervormundschaftliche Genehmigung vorliegt.[11]) Eine solche wird aber wohl regelmässig nur ertheilt werden, wenn der Minderjährige bereits die nöthige Altersreife besitzt und der Vormund seine Zustimmung ertheilt. Ist der Minderjährige Haussohn, so tritt eine obervormundschaftliche Thätigkeit für ihn überhaupt nicht ein und es genügt demnach die ausdrückliche oder stillschweigende Gutheissung des Gewerbebetriebes durch den Vater.[12])

In ähnlicher Weise ist der Rechtszustand in Sachsen, Württemberg, Baden und Hessen geordnet.[13])

[8]) Die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Minderjähriger fähig sei, selbständig Handel zu treiben, richtet sich nach den Gesetzen des Aufenthaltsortes Erk. des Badischen Oberhofgerichts vom 11. Mai 1871 (vgl. Not. 3 a).

[9]) Dies gilt noch in Bayern für das ziemlich ausgedehnte Geltungsgebiet des Preussischen Rechtes. Für Preussen selbst ist die Bestimmung allerdings durch den Art. 4, Ziff. 1 des Einf.-Ges. zum A. d. H.G.B. aufgehoben. (Vgl. das Erkenntniss des obersten Gerichtshofes zu München vom 3. Dezember 1877 (Sammlung Bd. III, S. 812 ff.). Allein Th. II, Titel 18, § 807 besagt ganz allgemein: „Zur eigenen Betreibung bürgerlicher Gewerbe soll kein Minderjähriger vor erfolgter Majorennitätserklärung zugelassen werden."

[10]) Dieser Ausdruck ist ungenau. Faktischer Kaufmann bleibt (wie schon oben erwähnt) der Minderjährige immerhin. Der Schwerpunkt liegt auf der Kopulative; es sollte heissen: „ein mit den Rechten der Grossjährigkeit handelnder Kaufmann" u. s. w. — S. auch Preuss. Ges. vom 12. Juli 1875 § 5; Dernburg Vorm.Ord. S. 114.

[11]) Vgl. Roth, Bayrisches Civilrecht Bd. I, S. 175; dass die Zustimmung des Vormundes allein nicht genüge, erörtert ein Erk. des H.A.G. zu Nürnberg vom 3. Juni 1870 Busch, Arch. Bd. XXIV, S. 282).

[12]) S. das in Völderndorff's Sammlung (Bd. I, S. 419) abgedruckte Erk. des H.A.G. zu Nürnberg vom 7. April 1864.

[13]) Vgl. z. B. Sächsisches Gesetzbuch § 509. Württemberger Einf.-Ges. Art. 7. Badisches Einf.-Ges. Art. 2. Hessisches Einf.-Ges. Art. 24 u. 25. Vgl. auch Busch, Arch. Bd. 25, S. 272, Not. 1.

§ 35.

c. Rechtliche Folgen.

Die erste und wichtigste Folge einer ordnungsgemässen Etablirung des Minderjährigen als Kaufmann ist, dass die einmal ertheilte Genehmigung für die gesammte Thätigkeit im Handelsgewerbe wirkt.[1]) Mit der Genehmigung der Etablirung ist jedes einzelne Handelsgeschäft an und für sich genehmigt. Es bedarf keineswegs noch einer Zustimmung des Vaters oder Vormundes zu der einzelnen konkreten Ausübungshandlung; jedes Handelsgeschäft ist von vornherein als konsentirt anzusehen.

A. Zu diesen Handelsgeschäften gehört nun insbesondere auch die Ausstellung von Wechseln. Zwar ist in der A. D. Wechselordnung selbst[2]) keine Bestimmung für den Fall enthalten, dass ein Minderjähriger sich als Kaufmann etablirt hat und in dieser Eigenschaft Wechselverbindlichkeiten eingeht. Aber der Art. 1 enthält den Satz, dass jeder wechselfähig sei, welcher sich durch Verträge selbständig verpflichten könne, und dies kann der ordnungsgemäss etablirte Minderjährige in Bezug auf seine Handelsgeschäfte. Da nun Wechsel nach Art. 274 des A. d. H.G.B. als im Betriebe des Handelsgewerbes gezeichnete Schuldscheine gelten müssen, so kann über die Wechselfähigkeit von Minorennen kein Zweifel sein.

B. Wird der Minderjährige durch seine Etablirung überhaupt grossjährig, so versteht sich von selbst, dass er sich der Privilegien der Minderjährigen nicht bedienen kann. Aber auch dann, wenn er in solchem Falle nur „als grossjährig" angesehen wird, wenn er also für seine Person Minderjähriger bleibt, fallen die Privilegien eines solchen für den Umfang seiner in Ausübung des Handelsgeschäftes vorgenommenen Rechtshandlungen hinweg.[3]) So ist insbesondere die Restitution gegen die von einem solchen Minderjährigen geschlossenen Handelsgeschäfte unzulässig. Dass auch die prozessuale Restitution in Handelssachen[4]) nicht stattfindet, ist jetzt keine Besonderheit mehr, da dieses Privilegium ganz allgemein durch § 210 Abs. 1 der R.Civ.Pr.O. beseitigt erscheint.

C. Nach denselben Grundsätzen richtet sich der Eintritt eines Minderjährigen in eine Handelsgesellschaft. Ist diese mit Genehmigung erfolgt, so liegt darin eben die Zustimmung zur Ausübung des Handelsgewerbes und alle weitere Thätigkeit ist eine konsentirte. Tritt aber ein ordnungsgemäss etablirter Minderjähriger in eine Gesellschaft ein, so bedarf, weil dies zur Ausübung des Handels-

---

[1]) Behrend (S. 158) behauptet, für Unmündige werde die Zustimmung des Vormundes zu allen einzelnen Handlungen durch die generelle Ermächtigung zum Handelsbetriebe nicht entbehrlich. Unmündigen wird man ohnehin jene generelle Ermächtigung nicht wohl ertheilen.

[2]) Auch nicht in den Einführungsgesetzen hiezu.

[3]) Anderer Ansicht scheint Behrend a. a. O. S. 159 zu sein.

[4]) Erk. des R.O.H.G. im Bd. IV, Nr. 5.

gewerbes gehört,[5]) einer besonderen Zustimmung nicht mehr. Diese Sätze gelten sowohl für das Verhältniss des Minderjährigen gegen die Mitgesellschafter, wie gegen Dritte.[6])

§ 36.

d. Ausübung des Gewerbes durch Stellvertreter.

Als Regel und als der eigentliche Fall muss immerhin angesehen werden,[1]) dass der Minderjährige das Handelsgeschäft nicht persönlich, sondern durch einen Stellvertreter ausübt, sei es, dass er dasselbe ererbt oder dass es ihm in anderer Weise zufällt.[2]) Als der Stellvertreter erscheint in diesem Falle immer der Vormund. Derselbe kann allerdings wie jeder andere Inhaber eines Geschäftes das Gewerbe durch einen Prokuristen oder durch Handelsbevollmächtigte ausüben lassen; allein diese sind **seine** Stellvertreter, nicht Stellvertreter des **Minderjährigen.**

Ob der Vormund zu dem Entschlusse, das Geschäft auf Rechnung seines Pupillen fortzubetreiben eine obervormundschaftliche Genehmigung (sei es eines Familienrathsbeschlusses oder der gerichtlichen Ermächtigung) bedarf, richtet sich nach dem betreffenden Partikularrechte.[3]) Ist aber diese ertheilt, so handelt er frei; zu den einzelnen Geschäften, auch zur Aufstellung eines Prokuristen, kann er eine weitere Ermächtigung der Natur der Sache nach einzuholen nicht gezwungen werden.

Es frägt sich nun, wie verhält es sich mit den einem Minderjährigen gesetzlich zustehenden Schutzmitteln gegen nachtheilige Handlungen seines Vormundes, insbesondere mit der Wiedereinsetzung und der Unterbrechung der Verjährung? Man muss vor Allem unterscheiden. Gegenüber den einzelnen im Betriebe des Handelsgewerbes von dem Vormunde selbst oder den von diesem aufgestellten Bevollmächtigten vorgenommenen Handlungen kann es eine Resti-

---

[5]) Man könnte allerdings hiegegen Zweifel aufbringen, weil es doch etwas wesentlich Anderes sei, für sich ein Gewerbe zu treiben oder sich mit einem Anderen zu associren und mancher Vater und Vormund vielleicht zu ersterem nicht aber zu letzterem zustimmen mag. Dann muss er eben die Abschliessung eines Gesellschaftsvertrages von vornherein ausschliessen.

[6]) Ehedem unterschied man, aber nur für den Fall des ungenehmigten Gesellschaftsabschlusses. (S. 160).

[1]) Die Gewerbeordnung kennt, wie oben erwähnt, nur diese Art des Betriebes, nimmt also an, dass ausserdem der Minderjährige grossjährig erklärt werden sollte.

[2]) Dass für Rechnung eines Minderjährigen während seiner Minorität ein Handelsetablissement neu errichtet wird, ist allerdings denkbar, wird aber im Leben nicht leicht vorkommen.

[3]) Behrend gibt in seinem Lehrbuche § 33 A. eine ausführlichere Darlegung der desfallsigen Grundsätze des Gemeinen Rechtes. An die Spitze stellt derselbe: „Das in vormundschaftlicher Verwaltung befindliche Vermögen darf weder zur Neubegründung noch zum Erwerbe eines Handelsgeschäftes verwendet werden; nur die Fortführung eines vererbten Geschäftes kann gestattet werden." Ueber das Preuss. Recht s. auch die Vorm.-Ord. vom 5. Juli 1875, § 42; (Dernburg, Vorm.-Ord. 2. Aufl. S. 173 ff.)

tution nicht geben.[4]) Denn der Betrieb des Handelsgeschäftes stellt sich als ein Ganzes dar, und es wäre faktisch ohne die grösste Unbilligkeit nicht möglich, die einzelnen Geschäftshandlungen von einander in ihrer rechtlichen Wirkung zu trennen. Ebenso wird es nicht denkbar erscheinen, hinsichtlich der Verjährung den einzelnen im Gewerbebetriebe vorgekommenen Rechtshandlungen gegenüber etwas Besonderes zu statuiren.

Schwieriger stellt sich die Frage, ob dem Minderjährigen nicht gegen den Rechtsakt des Geschäftsbetriebes für seine Rechnung als solchen eine Wiedereinsetzung zugestanden werden müsse? Allein auch hier sind die bei Bejahung der Frage entstehenden Schwierigkeiten so gross,[5]) dass man sich für die Meinung aussprechen muss, es könne in solchem Falle, wenn eine Benachtheiligung des Minderjährigen vorliegt, von diesem nur der Regress gegen seinen Vormund genommen werden. Hiefür spricht auch die Analogie des Art. 149 des A. d. H.G.B., obwohl der Artikel selbst nur den konkreten Fall des Austrittes aus der Gesellschaft entscheidet.

---

[4]) Hierüber herrscht in der Doktrin volle Einstimmigkeit; vgl. Endemann § 24 und die in Not. 3 citirten Autoren. Auch Thöl scheint sich in der neuesten Auflage dieser Ansicht angeschlossen zu haben. Dagegen lässt ein Erk. des App.Ger. zu Eisenach vom 22. März 1872 (Busch, Arch. Bd. 27, S. 57) die Restitution zu.

[5]) Und der Dritte könnte sich weder durch Einsichtnahme des Handelsregisters noch durch Erkundigung schützen.

II. Die Ausübung des Gewerbes.

A. Recht dazu.[1])

§ 37.

1. Im Allgemeinen.

Die Befugniss das Gewerbe eines Kaufmannes auszuüben, setzt selbstverständlich vor Allem die Fähigkeit voraus, im Rechtsverkehre thätig zu sein und also das Recht: überhaupt Handel treiben zu dürfen. Denn wer gesetzlich verhindert ist, einzelne Handelsgeschäfte abzuschliessen, der kann natürlich um so weniger befugt sein, solche Geschäfte in der Ausdehnung eines Gewerbes zu betreiben.

Im Grossen und Ganzen nun bestehen keine von den regelmässigen Bestimmungen über die Rechtsgeschäfte abweichende gesetzliche Einschränkungen oder Begünstigungen in Bezug auf den Abschluss von Handelsgeschäften. Wer im allgemeinen Rechtsverkehre die Handlungsfähigkeit besitzt — sei es in eigener Person oder durch Repräsentation — kann auch Handelsgeschäfte eingehen; wem die Fähigkeit fehlt, Geschäfte im Allgemeinen abzuschliessen, ist auch nicht befähigt, Handel zu treiben. Zweierlei ist indessen zu bemerken:

1) Sofern ein bestimmter Gegenstand, sei es dauernd, durch Monopole,[2]) Regalien,[3]) Privilegien, Veräusserungsverbote,[4]) oder vorübergehend, durch Ein-

---

[1]) Diese Materie als solche ist in Monographieen nicht behandelt. Einschlägig sind die Bearbeitungen der Reichsgewerbeordnung: R. Fischer, Gewerbeordnung nach den amtlichen Materien und sämmtlichen Vorarbeiten. (1864 u. 1870.) R. Pannenberg, Deutsche Reichs-Gewerbe-Ordnung .... nebst den zu derselben ergangenen Entscheidungen (1872). L. Turban, die Deutsche Gewerbeordnung ..... nebst Erläuterungen (1872). L. Jacobi, die Gewerbegesetzgebung im deutschen Reich (1874); dann noch die Gewerbeordnung aus den Materialien erläutert von Dr. A. Koller. Sehr viel Treffliches enthält Meves, die strafrechtlichen Bestimmungen der deutschen Gewerbeordnung in Bezolds Gesetzgebung des Deutschen Reiches (Erlangen 1877) Th. III, Bd. I, S. 561 ff.

[2]) Monopole existiren seit Aufhebung des Salzmonopols in Deutschland nicht.

[3]) Regalien, welche auch den Umsatz gewisser Güter hinderten, sind nicht mehr anzuführen.

[4]) Ueber den Handel mit Gift (vgl. die churpfalzbayerische Verordnung vom 8. August 1794) s. § 35 der R.Gew.Ordnung; mit Nitroglycerin vgl. den Bundesrathsbeschluss vom 13. Juli 1879. S. auch Goldschmidt § 44, Not. 9 a.

fuhr- oder Ausfuhr- oder auch Verkehrs-Verbote,[5] **objektiv** ausserhalb des Handels und Wandels gesetzt werden, stellt sich nach dieser Richtung hin zwar nicht die subjektive Fähigkeit der Personen zur Eingehung von Handelsgeschäften als aufgehoben dar, aber es fehlt die Dispositionsfreiheit des Einzelnen über diese bestimmten Gegenstände,[6] und insofern also erscheint ohngeachtet der im Allgemeinen vorhandenen **Handlungs**fähigkeit die Fähigkeit zum **Handel** beschränkt.

2) Durch positive gesetzliche Vorschriften wird — zwar nicht die objektive Fähigkeit Handelsgeschäfte überhaupt abzuschliessen — wohl aber **aus subjektiven Gründen** die Befugniss hiezu eingeschränkt, indem nach Art. 55 und 59 des A. d. H.G.B. Prokuristen, Handlungsbevollmächtigte und Handlungsgehülfen ohne Einwilligung des Prinzipals weder für eigene Rechnung noch für Rechnung eines Dritten Handelsgeschäfte machen, nach Art. 514 der Schiffer ohne Einwilligung des Rheders für eigene Rechnung keine Güter verladen, nach Art. 69 Mäkler für eigene Rechnung weder mittelbar noch unmittelbar, auch nicht als Kommissionäre Handelsgeschäfte betreiben, nach Art. 96 der offenen Gesellschaften ohne Genehmigung der anderen Gesellschaften nicht in dem Handelszweige der Gesellschaft für eigene Rechnung oder für Rechnung eines Dritten Geschäfte abschliessen darf. Indessen ergibt sich sofort, dass hierin nicht eine Abweichung von der allgemeinen Regel des freien Geschäftsbetriebes gefunden werden kann. Vielmehr stellt sich das Verbot nur als eine so zu sagen disziplinare Wirkung des speziellen Abhängigkeitsverhältnisses dar, in welchem die betreffenden Personen stehen. Folge einer Uebertretung des Verbotes ist daher auch nicht ohne Weiteres die Nichtigkeit oder auch nur eine relative Unwirksamkeit der abgeschlossenen Geschäfte, sondern neben dem Schadensersatze,[7] welcher von den Schuldigen gefordert werden kann, ein Anspruch des Prinzipals oder der Gesellschaft[8] auf Eintritt in das verbotswidrig geschlossene Geschäft.[9]

Demnach sind die im allgemeinen bürgerlichen Rechte über die Befähigung zum Abschluss von Rechtsgeschäften überhaupt gegebenen Vorschriften auch für das Recht zur Ausübung des Handelsgewerbes massgebend.

---

[5] Einfuhr- und Verkehrs-Verbote kommen besonders wegen Ansteckungsgefahr nicht selten vor; so z. B. die häufigen Einfuhrverbote von Vieh, Häuten u. s. w. wegen Rinderpest, von Gewächsen wegen der Reblaus und des Colorado u. s. w. Ausfuhrverbote bringt Krieg oder Kriegsgefahr mit sich für Pferde, Waffen, Munition u. dgl.

[6] Endemann (3. Aufl.) S. 60 bemerkt: „Soweit ein gesetzliches Verbot vorliegt, tritt neben etwaiger Bestrafung Nichtigkeit des verbotswidrig geschlossenen Geschäftes ein.“ Diess letztere möchte ich nicht so unbedingt annehmen. Ich glaube vielmehr, es kommt auf die mala oder bona fides theils des Veräusserers theils des Erwerbers an. Hienach wird sich die Frage entscheiden, ob und in welchem Umfange letzterer statt Tradition des Objektes das Interesse liquidiren darf.

[7] Den Schiffer trifft als Schaden die höchste Fracht.

[8] Art. 56, Abs. 3 und 97 des A. d. H.G.B.

[9] Der Makler wird nur disziplinar bestraft.

§ 38.

2. Nach der Reichsgewerbeordnung.

Nach dem Handelsgesetzbuche ist die Befugniss zur gewerbemässigen Ausübung des Handels nicht an andere Voraussetzungen als die im vorigen Paragraphen erörterte Handlungsfähigkeit und Dispositionsfähigkeit geknüpft. Sobald die Befähigung zum Abschlusse einzelner Handelsgeschäfte gegeben erscheint, liegt (nach dem Handelsgesetzbuche) auch die Befähigung vor, dieselbe in gewerbemässiger Weise zu treiben;[1]) das Dasein des Kaufmannes, die Anwendung des Handelsrechtes auf dessen Geschäfte und die privatrechtlichen Pflichten und Qualifikationen des Kaufmannes und seiner Geschäfte hängen von weiteren Voraussetzungen und von Erfüllung sonstiger Bedingungen nicht ab. Lediglich der faktische gewerbemässige Handelsbetrieb ist nach Handelsrecht entscheidend.

I. Wohl aber ist das Recht Kaufmann zu werden, die Befugniss Handelsgeschäfte nicht blos gewerbe**mässig**, sondern **als Gewerbe** zu treiben in administrativer und polizeilicher Hinsicht **durch die Reichsgewerbeordnung**[2]) und die dazu ergangenen weiteren Bestimmungen geordnet.[3]) Als solche weitere Bestimmung kommt insbesondere in Betracht die Novelle vom 17. Juli 1878[4]) und das neuerlich[5]) ergangene Nachtragsgesetz.[6])

Dieses neue Gesetz hebt insbesondere den Titel VII der Gewerbeordnung vollständig auf.

Landesgesetze über die in der Reichsgewerbeordnung begriffenen Rechtsmaterien können eine weitere Geltung nicht mehr beanspruchen,[7]) wohl aber hinsichtlich der noch durch dieselben vorbehaltenen Gebiete.

---

[1]) Sowohl Thöl § 43 als Endemann § 14 stellen den Satz auf, dass das A. d. H.G.B. die Entscheidung der Frage, wer zum Handelsgewerbe befugt sei, den Landesgesetzen zuweise und berufen sich zur Begründung hiefür auf Art. 69, Ziff. 1 und Art. 84. Allein beide Artikel sprechen nur von Handelsmäklern, nicht von den Handelsgewerbetreibenden überhaupt.

[2]) Gesetz vom 21. Juni 1869 (Gesetzblatt des Norddeutschen Bundes von 1869, Nr. 29, S. 245—282); in den süddeutschen Staaten eingeführt durch die Gesetze vom 12. Juni 1872 (Bayern) und vom 10. November 1871 (Württemberg und Baden). Ueber die Entstehungsgeschichte und ausgedehnte Literatur s. v. Rönne, Staatsrecht des deutschen Reichs. II. Aufl. Bd. 1, S. 135, Not. 4 u. Laband, Staatsr. des d. Reichs § 76.

[3]) Der Art. 4, Nr. 1 der Reichsverfassung hatte die „Bestimmungen über den Gewerbebetrieb“ der Beaufsichtigung durch das Reich unterstellt, und während Art 3 der R.V. verfügte, dass jeder Angehörige des einen Bundesstaates in jedem anderen Bundesstaate zum „Gewerbebetriebe“ zugelassen sei, war dieses Recht in § 1 des Gesetzes vom 1. November 1867 über die Freizügigkeit detaillirt und speziell auf den Gewerbebetrieb im Umherziehen ausgedehnt worden.

[4]) Reichsgesetzblatt Nr. 24, S. 199—212.

[5]) In der Session von 1880.

[6]) Betrifft nicht das Handelsgewerbe direkt.

[7]) Endemann S. 60, Not. 6, und derselben Meinung wohl auch Thöl S. 154, sofern er unter den „daneben“ bestehenden Landesgesetzen“ nur die in seinem folgenden § 44 erwähnten versteht.

Dagegen gestattet der § 142 eine Ordnung gewisser handelsgewerblicher Gegenstände [8]) durch Ortsstatuten, welche nach Anhörung betheiligter Kaufleute (auf Grund eines Gemeindebeschlusses) [9]) unter Genehmigung der höheren Verwaltungsbehörde abgefasst werden. (Vgl. oben S. 167 Not. 7.) Auch kommt in Betracht der § 12 der R.Gew.Ord., wonach es bei den Landesgesetzen hinsichtlich des Gewerbebetriebes Seitens ausländischer juristischer Personen (zu welchen insbesondere die Aktiengesellschaften [10]) zu rechnen sind) sein Bewenden hat, und § 1 Abs. 2, welcher ausspricht, dass derjenige, welcher bei Promulgation des neuen Gesetzes zum Betriebe eines Gewerbes berechtigt war, das bestehende Recht für sich auch fernerhin anrufen könne.

II. Aber auch die Gewerbegesetze schränken die vom Handelsgesetzbuche anerkannte Regel der allgemeinen, freien Befähigung zum Handelsgewerbe im Prinzipe nicht ein. An der Spitze der Gewerbeordnung (§ 1) steht der Satz: „Es darf jedes Gewerbe von Jedermann in jeder Art des Betriebes betrieben werden“ (Thöl). Folge dieser **allgemeinen Gewerbefreiheit** ist, dass Jedermann ohne Unterschied des Geschlechtes, Alters und Standes (nicht aber des Leumundes vgl. unten S. 173 Nr. 7) Kaufmann sein darf und dass alle in einzelnen Ländern Deutschlands bisher noch bestandenen Beschränkungen weggefallen sind. Die Unterscheidung zwischen Stadt und Land in Bezug auf den Handelsbetrieb und die Ausdehnung desselben ist aufgehoben (§ 2 der Gew.O.); der gleichzeitige Betrieb verschiedener Handelszweige sowie desselben Zweiges in verschiedenen Etablissements und Verkaufsstätten wird gestattet (§ 3 der Gew.O.): eine Beschränkung der Handwerker auf den Verkauf selbstverfertigter Waaren findet nicht mehr statt (§ 3 Alin. 2); den Zünften, Gilden und kaufmännischen Korporationen steht ein Recht, Andere von dem Handelsbetriebe auszuschliessen, nicht zu (§ 4 der Gew.O.); von dem Besitze des Bürgerrechtes soll die Zulassung zum Kaufmannsstande nicht abhängig sein (§ 13 der Gew.O.); alle Zwangs-, Bann- und Realrechte sind aufgehoben [11]) (§ 7, 8 und 10 der Gew.O.).

III. Von dieser allgemeinen Regel der absoluten Handelsfreiheit ergeben sich indessen **verschiedene Ausnahmen:**

---

[8]) Solche sind: die Bestimmung der sogenannten Fabrikviertel, das heisst derjenigen Ortstheile, in welchen bestimmte die Nachbarschaft belästigende Gewerbe allein auszuüben sind (§ 23, Abs. 3 der R.Gew.Ord.); die Einführung obligatorischer Fortbildungsschulen (§ 106, Abs. 2); die Errichtung gewerblicher Schiedsgerichte (§ 108, Abs. 4); die Verpflichtung der Arbeitnehmer zu Krankenkassen (§ 141, Abs. 2).

[9]) Dieser kann auch nicht durch einen Beschluss der Aeltesten, der Gilde u. s. w. ersetzt werden.

[10]) Die Gewerbeordnung folgt hier dem Sprachgebrauche der früheren Gesetzgebung (z. B. dem preussischen Gesetze vom 9. November 1863), welche die Aktiengesellschaften als juristische Personen bezeichnet. Wenn nun auch das Handelsgesetzbuch diesen Gesellschaften jenen Karakter nicht beilegt, so ist doch jedenfalls § 12 der Gew.Ord. auf sie anzuwenden.

[11]) Die in § 7, Ziff 2 vorbehaltenen Abdeckereiberechtigungen fallen nicht wohl unter das Handelsgewerbe.

A. objektive.

1) Der **Handel mit Arzneimitteln**[12]) und der Vertrieb von **Lotterielosen**[13]) ist im Allgemeinen nicht freigegeben (§ 6 der R.Gew.Ord.), doch können verordnungsgemäss einzelne Apothekerwaaren dem freien Verkehre überlassen werden.[14])

2) Das **Versicherungsgeschäft**, die **Eisenbahnunternehmungen** und die **Errichtung öffentlicher Fähren** unterliegen besonderen Gesetzen; zur Zeit ist diese Materie indessen reichsrechtlich nicht geordnet.

3) Diejenigen **Beschränkungen**, welche **der Ausübung** des Gewerbes **im öffentlichen Interesse** gezogen sind, bleiben aufrecht; diesen muss sich Jedermann unterwerfen, auch wenn ihm die **Zulassung** zum Gewerbebetrieb an sich nicht versagt werden kann.[15]) Somit bleibt zum Beispiel die Ausübung des Handels in konkreto an alle diejenigen allgemeinen und örtlichen Vorschriften gebunden, welche in Folge der Handhabung der allgemeinen Bau-, Feuer-, Sitten-, Gesundheits-, Strassen- und sonstigen Polizei gewisse einschränkende Normen geben und welche für alle Personen gelten, mögen sie Handeltreibende sein oder nicht.[16])

4) **Die Beschränkungen** des Betriebes des Handelsgewerbes, **welche auf den Zoll-, Steuer- und Postgesetzen beruhen,** sind in § 5 der R.Gew.Ord. aufrecht erhalten. Damit sind Reichsgesetze, wie Landesgesetze gemeint und es fallen demnach auch die landesgesetzlichen Bestimmungen über Gewerbesteuer nicht hinweg. Sofern demnach landesgesetzlich die Ausübung des kaufmännischen Gewerbes von vorheriger Bezahlung der Gewerbesteuer abhängig gemacht wäre, hätte es dabei sein Bewenden.[17])

5) Insofern der Betrieb nicht ohne **Errichtung von Anlagen** stattfinden kann, ist derselbe an diejenigen Voraussetzungen geknüpft, von welchen die Errichtung solcher Anlagen abhängt. Im Allgemeinen nun hängt dieselbe nur von der Beobachtung der gewöhnlichen baupolizeilichen Vorschriften ab. Für

---

[12]) In Folge hievon die Errichtung und Verlegung von Apotheken.

[13]) Sofern ein Handelszweig durch besondere Gesetze verboten wäre, würden diese als leges speciales das Prinzip der Gewerbefreiheit der Gewerbeordnung derogiren, wie z. B. in Folge des Bundesgesetzes vom 1. Juli 1868 (mit seinen späteren Ausdehnungen auf das Reich) Niemand das Gewerbe einer öffentlichen Spielbank betreiben kann.

[14]) Auf Grund dieser Ermächtigung ist die kaiserliche Verordnung vom 4. Januar 1875 (Reichsgesetzblatt von 1875, S. 5) ergangen, welche die früheren, manche Beschwerden veranlassende Verordnung vom 25. März 1872 (S. 85) aufhebt, den Grosshandel mit Arzneimitteln freigibt, und in zwei Verzeichnissen die Droguen und chemischen Präparate und die daraus bereiteten Heilmittel bezeichnet, deren Vertrieb im Detail nur in Apotheken gestattet ist.

[15]) Erk. des Berliner Obertribunals vom 1. Juni und 4. November 1870 und vom 18. Januar 1871 (in Striethorst nicht abgedruckt, sondern nur in den preussischen Ministerialblättern, Ministerialblatt des Innern für 1870, S. 195 und 1871 S. 13. Justizministerialblatt von 1871, S. 115).

[16]) v. Jacobi, Gewerbegesetzgebung S. 22.

[17]) Ohne dass indessen derjenige, welcher ohne Zahlung der Gewerbesteuer gewerbemässig Handelsgeschäfte treibt, aufhören würde „Kaufmann“ in rechtlicher Hinsicht zu sein.

solche Anlagen aber,[18]) welche durch die örtliche Lage oder die Beschaffenheit der Betriebsstätte für die Besitzer oder Bewohner der benachbarten Grundstücke oder für das Publikum überhaupt erhebliche Nachtheile, Gefahren oder Belästigungen herbeiführen können, ist eine Genehmigung[19]) der nach den Landesgesetzen zuständigen Behörde erforderlich. (§ 16 Abs. 1 der R.Gew.O.) Unter den in § 16 und 24 aufgeführten derartigen Anlagen, sowie unter den im Reichsgesetze vom 2. März 1874[20]) enthaltenen befindet sich kein blosses Handelsetablissement — nemlich Niederlagsräume und dergleichen,[21]) — sondern es werden nur Anlagen zur Bearbeitung der Waaren genannt. Es sind genannt Anlagen[22]) zu:

Abdeckereien, Asphaltkochereien, Blechgefässvernietungs-Anstalten, Braunkohlentheerbereitungs-Anstalten,[23]) Chemische Fabriken aller Art, Dachfilzfabriken, Dachpappfabriken, Dampfkessel überhaupt,[24]) Dampfkesselvernietungen, Darmsaitenverfertigung, Darmzubereitungen überhaupt, Düngpulverfabriken, Erdöldestillationen, Feuerwerkereianlagen, Firnisssiedereien, Gasbereitungsanstalten, Gasbewahrungsanstalten, Gerbereien, Glashütten, Gypsöfen, Hammerwerke, Hopfendörren, Kalköfen, Knochenbleichen, Knochenbrennereien, Knochendörren, Knochenkochereien, Kooksfabriken, Leimsiedereien, Metallgiessereien,[25]) Pechsiedereien, Petroleumdestillationen, Poudrettefabriken, Rohmetallgewinnungsanstalten, Rostöfen, Russhütten, Schiesspulverfabriken, Schlächtereien,[26]) Schnellbleichen, Schwefeldörren, Seifensiedereien, Stauanlagen für Wasserwerke,[27]) Stärkefabriken,[28]) Stärkesyrupfabriken, Steinkohlentheerbereitungsanstalten, Strohpapierfabriken, Talgschmelzen, Thierhaarzubereitungsanstalten, Thonsiedereien, Vernietungsanstalten für Dampfkessel und Blechgefässe, Wachstuchfabriken, Windmühlen, Ziegelöfen, Zündstofffabriken.

Die Sachlage hinsichtlich dieser Anstalten ist nun folgende:

a) Sobald es sich um eine der verzeichneten Anlagen handelt, kann die Frage nicht mehr streitig sein, ob sie für Nachbarschaft und Publikum erheb-

---

[18]) Sowohl zur Neuerrichtung als zur Aenderung.

[19]) Fehlt die Erlaubniss, so tritt polizeiliche Sperre des Betriebs ein.

[20]) Reichsgesetzblatt von 1874, Nr. 8, S. 19. Dieses Gesetz erweitert das in § 16 der R.Gew.Ord. gegebene Verzeichniss.

[21]) Polizeiliche Verfügungen, welche Quantitäten Pulver, Petroleum u. s. w. der Kaufmann im Hause gelagert haben und welche bauliche oder sonstige Vorkehrungen hiebei stattfinden müssen, sind natürlich vorbehalten. Aber eine Genehmigung zur Ausübung des Gewerbes bedarf der Kaufmann deshalb nicht, weil er z. B. mit Petroleum oder Knochen u. s. w. handelt.

[22]) Alphabetisch geordnet.

[23]) Soweit sie ausserhalb des Gewinnungsortes des Materials errichtet werden.

[24]) Ueber die Anlegung von Dampfkesseln gibt § 24 der R.Gew.Ord. noch besondere Vorschriften.

[25]) Sofern sie nicht blos Tiegelgiessereien sind.

[26]) Wo genügende öffentliche Schlachthäuser vorhanden sind, kann landesgesetzlich die Errichtung von Privatschlächtereien überhaupt verboten werden (§ 23, Abs. 2 der R.Gew.Ord.).

[27]) Hiebei ist nach § 23, Abs. 1 die Landesgesetzgebung gleichfalls zu beachten.

[28]) Sofern es sich nicht um Kartoffelstärke allein handelt.

liche Nachtheile, Gefahren oder Belästigungen herbeiführen, sondern diese ist kraft des Gesetzes bejahend entschieden.

b) Ebendeshalb kann aber bei solchen Anlagen die Genehmigung nicht versagt werden, lediglich weil sie für Nachbarschaft und Publikum Nachtheile, Gefahren oder Belästigungen herbeiführen; denn das liegt ja von vornherein in ihrer Natur.

c) Die **Genehmigung hängt vielmehr davon ab**, ob die konkrete Anlage die nothwendig mit solchen Anlagen verbundenen Nachtheile, Gefahren und Belästigungen soweit vermindert, als es überhaupt möglich ist; sie kann versagt werden, wenn die örtliche Lage oder die konkrete Beschaffenheit der Betriebsstätte es unumgänglich macht, dass Nachbarschaft oder Publikum in unzulässiger Weise benachtheiligt, gefährdet, oder belästigt werden würde.[29])

Zur Feststellung hierüber ordnet die Reichsgewerbeordnung in §§ 17—22 ein eigenes Verfahren an und gestattet gegen die Entscheidung[30]) einen Rekurs.

B. subjektive.

1) **Die Frau** ist zwar im Allgemeinen dem Manne gleichgestellt; allein obwohl die Gewerbeordnung für die Ehefrau keine spezielle Ausnahme macht, ist doch diese durch Art. 7 Abs. 1 des A. d. H.G.B. beschränkt geblieben.[31]) Während also eine Ehefrau andere Gewerbe auch ohne Zustimmung ihres Ehemannes betreiben kann, bedarf sie dieser zur Ausübung des Handelsgewerbes. (Vgl. hierüber § 30 S. 155. 156 Not. 6.)

2) **Personen des Beamten- und Soldatenstandes** und deren Angehörige können nur insoweit Handel treiben und das Geschäft eines Kaufmannes ausüben, als es ihnen reichs- und landesgesetzlich gestattet ist.[32])

3) **Juristische Personen** stehen im Allgemeinen den physischen in Betreff des Handelsbetriebes gleich; was indessen die ausländischen betrifft, bewendet es hinsichtlich ihrer Zulassung zur Ausübung kaufmännischer Geschäfte bei den Landesgesetzen.[33])

§ 39.

3. Arten des Gewerbebetriebs nach der Gewerbeordnung.

In gewerbepolizeilicher Hinsicht sind zu unterscheiden: 1) der stehende Handelsbetrieb, 2) der Hausirhandel, 3) der Verkehr auf Messen und Märkten.

---

[29]) Gegen lärmende Gewerbe schützt der § 27 noch besonders die Kirchen, Schulen, Heilanstalten und Krankenhäuser.

[30]) Die Entscheidung erfolgt durch Kollegialbeschlüsse.

[31]) Denn diese Bestimmung erscheint als lex specialis gegenüber der Gewerbeordnung, welche als lex generalis sich darstellt. Anderer Meinung Thöl Bd. 1, S. 157.

[32]) Reichsbeamte bedürfen einer Erlaubniss der obersten Reichsbehörden (§ 16 des Reichsgesetzes vom 31. Mai 1873 über die Rechtsverh. der Reichsbeamten): Militärpersonen einer Erlaubniss der Vorgesetzten (§ 43 des Reichsmilitärgesetzes vom 2. Mai 1874).

[33]) Doch wohl nur insoweit nicht Staatsverträge entgegenstehen.

I. ad 1) **Stehender Handelsbetrieb.**[1])

Als stehenden Handelsbetrieb bezeichnet man [2]) die Ausübung des gewerbemässigen Handels in einem den Mittelpunkt der kaufmännischen Thätigkeit bildenden örtlich unveränderlichen [3]) Etablissement.

A. An sich ist dieser stehende Handelsbetrieb **Jedermann freigestellt**; der Ausübende hat lediglich folgenden **polizeilichen Vorschriften** zu genügen:

1) Anzeige der Etablirung, das heisst des Beginnes des Betriebes an die (nach den Landesgesetzen) zuständige Behörde des Ortes (§ 14 der R.G.Ord.); beim Betrieb mehrerer verschiedener Gewerbe Anzeige jedes einzelnen; ebenso Anzeige jeder Aenderung.

2) Bezeichnung des Lokals (und zwar des anfänglichen und des Wechsels), in welchem das Geschäft geübt wird, Seitens einzelner Kaufleute.[4])

3) Anzeige auch an die zuständige Behörde des Wohnortes Seitens der Agenten und Unteragenten von Mobiliar- oder Immobiliar-Feuerversicherungen.[5])

4) Nachweis der Befähigung [6]) Seitens der Apotheker.[7])

---

[1]) Es ist hier nicht das Gewerberecht, sondern nur das Handelsgewerberecht darzustellen, daher die Bestimmungen über Nichtkaufleute (z. B. Aerzte, Hebammen u. s. w.) nicht aufgenommen sind. Vgl. auch Thöl § 47.

[2]) Die Gewerbeordnung definirt den Begriff des „stehenden Gewerbes" nicht. Ein Erkenntniss des Berliner Obertribunals vom 2. März 1871 (Oppenhof, Rechtsprechung Bd. XII, S. 125) karakterisirt das stehende Gewerbe negativ, indem es dazu rechnet: alle Betriebsformen, welche Tit. III der Gewerbeordnung nicht als Hausirhandel bezeichnet, ebenso Jacobi, Gewerbeordnung S. 36, Nr. 1. Ich kann mich indessen mit dieser Ausführung nicht einverstanden erklären. Vielmehr bin ich der Ansicht, dass nicht die Betriebsformen das Entscheidende sind, sondern die Betriebsart, nicht was als das Gewerbe ausgeübt wird, sondern wie und wo es ausgeübt wird. Dies zeigt ein Hinblick auf die Quelle der Reichsgewerbeordnung auf das preussische Gewerbegesetz vom 7. September 1811, worin § 135 lautet: „Personen, welche umherziehend ein Gewerbe treiben," während der § 60 das „stehende Gewerbe" lediglich mit Beziehung auf das Lokal definirt. Hieraus ergibt sich, dass jede Ausübung des Geschäftes ausserhalb eines festen (stehenden) Etablissements Hausirhandel ist; wer in seinem Wohnorte herumzieht ist Hausirer und fällt unter den Titel III der Gewerbeordnung. Ob er das Hausiren mit oder ohne Legitimationsschein oder gar nicht betreiben darf, ist eine andere Frage.

[3]) Es gehört also dazu ein Lokal; nicht gerade Laden oder Comptoir, aber doch ein Etablissement. Handel unter freiem Himmel, wenn auch etwa jeden Tag an derselben Strassenecke, ist kein „stehender Handelsbetrieb."

[4]) Der § 14, Abs. 2 nennt: Antiquare, Buch- und Kunsthändler, Buch- und Steindrucker, Inhaber von Leihbibliotheken und Lesekabineten, Verkäufer von Bildern, Druckschriften und Zeitungen.

[5]) § 14, Abs. 2 der R.Ger.Ord.

[6]) Hierauf erfolgt die Approbation (§ 29 der R.Ger.Ord.) Seitens der hiefür zuständigen Behörde.

[7]) Bandagen, künstliche Gliedmassen, Rateliers und dergl. im Laden zu verkaufen bedarf es keiner Genehmigung; wenn aber Aerzte, Wundärzte, Zahnärzte als solche damit handeln, müssen sie als Aerzte approbirt sein.

5) Ausweis über den Besitz genügender Kenntnisse [8]) bei Seeschiffern, Seesteuerleuten und Lootsen. [9])

6) Erlaubniss zum Gifthandel, wo dies landesgesetzlich vorgeschrieben ist. [10])

7) Erholung einer Genehmigung und zwar bei solchen Gewerben, welche entweder a) an sich nicht ohne Kontrole bleiben dürfen oder welche b) hinsichtlich der Qualifikation der ausübenden Persönlichkeiten eine Ueberwachung als nothwendig erscheinen lassen.

ad a) Zu den ersteren rechnet die Gewerbeordnung die Gastwirthschaft, Schenkwirthschaft und den Kleinhandel mit Branntwein oder Spiritus. Hiebei kommen für die Ertheilung der Genehmigung drei Gesichtspunkte in Betracht: die Beschaffenheit des Betriebslokales, die Bedürfnissfrage [11]) und die Frage nach der Nebenabsicht beim Gewerbebetrieb. [12]) Ferner gehört hieher das Geschäft der Pfandleiher, [13]) der Güterbestätter und Auktionatoren [14]) und alle Gewerbe, welche den öffentlichen Verkehr innerhalb der Orte durch Wagen aller Art, Gondeln, Sänfte, Pferde und andere Transportmittel unterhalten. [15])

ad b) Einer Genehmigung mit Rücksicht auf die persönliche Qualifikation bedarf nach dem Gesetze: [16]) der Handel mit gebrauchten Kleidern, gebrauchten Betten, gebrauchter Wäsche, der Kleinhandel mit altem Metallgeräthe, Metallbruche (Trödel) oder mit Abfällen an Garn und Dräumen von Seide, Wolle, Baumwolle oder Leinen. Dieser Handel kann demjenigen untersagt werden, welcher wegen eines aus Gewinnsucht begangenen Verbrechens oder Vergehens wider das Eigenthum bestraft ist. [17])

---

[8]) Durch ein Befähigungszeugniss der zuständigen Verwaltungsbehörde (§ 31 der R.G.O.).

[9]) Für Stromschiffer und Lootsen bleiben die in Staatsverträgen getroffenen Anordnungen vorbehalten. (§ 31, Abs. 3 der R.Gew.O.)

[10]) Nach § 34 der R.Gew.Ord. Vgl. S. 165, Not. 4.

[11]) R.Gesetz vom 23. Juli 1879, Art. 3: Die Landesregierungen sind befugt zu bestimmen, dass die Erlaubniss zum Ausschenken von Branntwein oder zum Kleinhandel mit Branntwein oder Spiritus allgemein, die Erlaubniss zum Betriebe der Gastwirthschaft oder zum Ausschenken von Bier, Wein oder anderem geistigen Getränk in Ortschaften mit weniger als 15000 Einwohnern, sowie in solchen Ortschaften mit einer grösseren Einwohnerzahl, für welche dies durch Ortsstatut festgesetzt wird, von dem Nachweis eines vorhandenen Bedürfnisses abhängig gemacht wird. Vor Ertheilung der Erlaubniss ist die Ortspolizeibehörde und die Gemeindebehörde gutachtlich zu hören.

[12]) Die Erlaubniss ist zu versagen, wenn anzunehmen ist, dass das Gewerbe der Völlerei, verbotenem Spiel, der Hehlerei oder Unsittlichkeit dienen solle.

[13]) Vgl. Art. 4 des Gesetzes vom 23. Juli 1879.

[14]) Vgl. § 36 der R.Gew.Ord.

[15]) Vgl. § 37 der R.Gew.Ord. Eigentlich gehören diese beiden Kategorieen nicht zum Handelsgewerbe.

[16]) § 35 der R.Gew.O. bestimmt ausserdem, dass die Ertheilung von Tanz-, Turn- oder Schwimmunterricht und die Gesindevermiethung sittlich bemakelten Personen untersagt werden soll.

[17]) Der letzte Absatz des § 35 bestimmt zwar nur, dass solche Gewerbetreibende bei Eröffnung ihres Gewerbebetriebs Anzeige zu erstatten haben. Allein richtig interpretirt wird der Moment vor den wirklichen Geschäftsbeginn zu setzen sein, so dass man ein derartiges Geschäft ohne Genehmigung auch nicht anfangen darf. (Vgl. Rönne a. a. O. S. 148.)

B. Ueber den **Umfang und den Inhalt des stehenden Handelsbetriebes** stellt die Gewerbeordnung folgende Sätze auf:

1) Wer zum selbständigen Betriebe eines stehenden Handelsgewerbes befugt ist, hat das Recht, diesen Handel an verschiedenen Orten, also mittelst Zweigniederlassungen, oder an demselben Ort in verschiedenen Geschäftslokalen oder ohne solche zu betreiben.[18]) (§ 42 der R.Gew.Ord.)

2) Die Befugniss zum selbständigen Betriebe des stehenden Handels berechtigt, in beliebiger Anzahl Handelsgehülfen und Handelsbevollmächtigte aufzunehmen; auch Lehrlinge, soweit dies nach der Gewerbeordnung überhaupt zulässig ist.[19]) (§ 41 der R.Gew.Ord.)

3) Das stehende Handelsgewerbe muss nicht nothwendigerweise durch den Inhaber des Geschäftes persönlich ausgeübt werden. Er selbst,[20]) die Wittwe, die Vormundschaft der minderjährigen Kinder können einen Stellvertreter aufstellen (§§ 45 und 46), welcher aber den für den betreffenden Gewerbebetrieb vorgeschriebenen Erfordernissen genügen muss.[21])

4) Der Handelsbetrieb im Umherziehen kann am Wohnorte selbst (so wie leider das Gesetz jetzt lautet),[22]) dem Inhaber eines stehenden Geschäftes — nur aber diesem, nicht auch Personen, welche ein Etablissement überhaupt nicht besitzen — nicht verboten werden.

Ausserhalb des Wohnortes ist er Hausirer, wie jeder Andere und fällt unter die hieher geltenden Vorschriften. Doch ist der Kaufmann mit stehendem Gewerbebetrieb (§ 44 der R.Gew.Ord.) befugt, entweder selbst oder durch Gehülfen (Handlungsreisende) Waaren aufzukaufen und Waarenbestellungen einzu-

[18]) Dies und nicht mehr spricht der § 42 aus. Eine andere Ansicht (vgl. z. B. Erk. des Münchner obersten Gerichtshofes vom 23. Mai 1879 und die darin citirten Schriftsteller, abgdr. im Minist.-Blatt des Innern für 1879, S. 270 ff.) geht dahin, dass der § 42 zum stehenden Gewerbebetriebe auch ein Umherziehen am Orte der Niederlassung selbst rechne. Nach dieser Ansicht bedürften nur die in § 59 erwähnten Gewerbe besonderer Genehmigung, falls sie von einem am Orte Wohnenden in diesem Orte herumziehend ausgeübt werden wollen. Ich glaube hingegen, es müsse in allen Fällen der Strassenpolizei vorbehalten bleiben, den Verkauf unter freiem Himmel zu regeln. Das Verkaufen von Druckwerken oder Bildern ausserhalb der ständigen Geschäftslokale ist durch § 43 der R.Ger.Ord. noch an eine besondere Erlaubniss geknüpft, die in den Fällen des § 57 versagt werden kann.

[19]) Vgl. §§ 115—126 der R.Ger.Ord. § 116 entzieht das Recht, Lehrlinge zu halten allen aus nicht politischen Gründen Bemakelten und den wegen Diebstahls oder Betrugs Verurtheilten.

[20]) Auch der Kurator der Person oder der Verwalter des Nachlasses und der Konkursmasse. Vgl. Völderndorff's Kommentar zur Konk.Ord. Bd. II.

[21]) Er muss also persönlich qualifizirt sein und die Anzeigen machen, die Genehmignngen erholen und dergleichen, welche für das Geschäft, das er betreiben soll, vorgeschrieben sind.

[22]) Es folgt dies zwar nicht aus dem gewöhnlich zur Begründung obigen Satzes citirten § 3, denn dieser spricht im Gegentheil gerade nur von Geschäftslokalen, aber aus § 55 argumento e contrario der Worte: „ausserhalb seines Wohnortes“ und aus § 43 argumento e contrario aus den Worten: „1) wer Druckschriften oder andere Schriften oder Bildwerke“. Hoffentlich beseitigt die Gesetzgebung baldigst diese Kalamität.

nehmen, aber nicht solche in Natur [23]) verkaufen. Es dürfen deshalb die Reisenden die aufgekauften Waaren nicht zum Wiederverkaufe bei sich behalten, sondern müssen sie direkt an ihren Bestimmungsort befördern. Proben und Muster [24]) können sie führen.

II. **Gewerbebetrieb im Umherziehen, Hausirhandel.** [25]) Eine Begriffsbestimmung des Hausirhandels ist in der Gewerbeordnung nicht enthalten. Nach dem Sprachgebrauche des Lebens ist Jedermann ein Hausirer, der ausserhalb eines Ladens oder sonst eines festen ihm eigenen Lokales oder einer Marktbude in den Häusern, in öffentlichen Lokalen oder auf den Strassen Waaren zum Verkaufe darbietet [26]) oder Waaren im Kaufe effektiv erwirbt. Die Gewerbeordnung geht nun in Titel III allerdings von demselben Begriffe gleichfalls aus, allein positive Bestimmungen über alle Arten von Hausirhandel gibt dieser Titel nicht; vielmehr erstreckt sich der § 55, welcher an der Spitze steht, nur auf denjenigen Gewerbebetrieb im Umherziehen, welcher ausserhalb des Wohnortes, ohne Begründung eines kaufmännischen Etablissements ausgeübt wird.

A. Es lassen sich demnach **drei Kategorien von Hausirern** (nach der Gewerbeordnung) unterscheiden;

1) Hausirer, welche ein festes Etablissement besitzen, an dem Orte ihrer kaufmännischen Niederlassung aber auch ausserhalb ihres ständigen Lokales Handelsgeschäfte abzuschliessen suchen;

2) Hausirer, welche ohne eine gewerbliche Niederlassung zu begründen, ausserhalb ihres Wohnortes umherziehen;

3) Hausirer, welche weder ihren Wohnort verlassen, noch daselbst ein Etablissement besitzen.

Die erste Kategorie darf ohne Legitimationsschein, lediglich auf Grund ihres stehenden Gewerbebetriebes, die zweite Kategorie darf nur mit einem Legitimationsschein, die dritte Kategorie darf gar nicht hausiren, wenn ihr nicht nach § 63 der Gew.Ord. die Landesgesetzgebung die Zulassung gewährt.

Die §§ 56, 59 und 62 erstrecken sich auf alle drei Kategorien von erlaubtem Hausirhandel, die §§ 55, 57, 58, 60 und 61 nur auf die zweite Kategorie.

Diese letztere, als der eigentliche Hausirhandel, den man auch — wenn Nichts weiter gesagt ist — gewöhnlich unter diesem Ausdruck allein begreift,

---

[23]) Feste Kaufgeschäfte dürfen sie immerhin abschliessen, aber keine Platzgeschäfte machen.

[24]) Welche Quantität Waare noch Probe und Muster sei, ist nicht gerade nach der Postordnung zu entscheiden, welche Versendung „als Muster" (unter dem billigeren Portosatze) lediglich bei Quantitäten bis zu 250 Gramm gestattet. Eher liessen sich die Grundsätze der Zollregulative über das was die Zollbehandlung als „Muster" geniesst, hieher ziehen. Das richtigste Kriterium, welches auch der Preussischen Ministerialentschliessung vom 4. April 1844 (vgl. Jacobi, Gewerbebetrieb im Umherziehen S. 30 oben) zu Grunde liegt, dürfte der Satz sein: Waarenproben dürfen keinen eigenen Kaufwerth haben.

[25]) Vgl. L. Jacobi, der Gewerbebetrieb im Umherziehen nach Reichs- und Landesrecht dargestellt. Berlin 1878 u. 1879 (Erster Theil), ferner Thöl § 48.

[26]) Nicht blos anbietet, denn wer nur Bestellungen aufsucht, ist nicht „Hausirer".

ist demnach vorhanden, wenn Jemand ausserhalb des Wohnortes ohne Begründung eines kaufmännischen Etablissements Gelegenheit zu effektiven Kaufs- und Verkaufsgeschäften aufsucht, **Platzgeschäfte** macht. Alle drei Momente sind zum Begriffe des Hausirhandels nach § 55 der Gewerbeordnung erforderlich. Wer nicht **effektive** Geschäfte macht, Platzgeschäfte, bei denen die Waare vorliegt und sofort tradirt wird, wer nur Bestellungen aufnimmt, Muster offerirt, nach Probe kauft oder verkauft, ist Handlungsreisender, Agent oder dergleichen. Wer zwar ausserhalb des Wohnortes effektiven Handel treibt, aber unter Begründung eines Etablissements,[27]) übt stehenden Handel aus in einem Zweiggeschäft. Wer endlich in seinem Wohnorte selbst umherzieht, bedient sich nur einer der Befugnisse, welche ihm das stehende Handelsgewerbe nach dem Gesetze verleiht.

B. Unter die Geschäfte, deren gewerbemässige Eingehung[28]) das Gesetz als Gewerbebetrieb im Umherziehen bezeichnet und welche sich als „Hausirhandel" karakterisiren,[29]) gehört: 1) das Feilbieten von Waaren irgend einer Art; 2) das Ankaufen von Waaren irgend einer Art bei anderen Personen als bei Kaufleuten oder an anderen Orten als in Verkaufsstellen und zwar zum Zwecke des Wiederverkaufs; 3) das Aufsuchen von Waarenbestellungen.

1) Der Begriff des **„Feilbietens"** verlangt, dass der Inhaber der Waaren durch Worte, verständliche Zeichen oder ein die Aufmerksamkeit der Käufer absichtlich erregendes Benehmen dieselben zur Abnahme der **Waaren** auffordert.[30]) Uebrigens genügt zur Strafbarkeit des Hausirens ohne Schein schon der **Beginn** des Gewerbebetriebes, mag es auch noch nicht zum Feilbieten oder

---

[27]) Es muss aber auch wirkliche „Etablirung" vorliegen; wenn Jemand, welcher einen Legitimationsschein zum Handel im Umherziehen besitzt, an einem Orte ein Verkaufslokal miethet, so ist daraus allein noch nicht zu folgern, dass ein stehendes Gewerbe eröffnet sei. (Erk. des Berl. Obertribunals vom 17. Februar 1866 bei Oppenhoff Bd. XVI, S. 126.) Ueber Simulirung einer Niederlassung vgl. das Erk. des Berliner Obertribunals vom 8. Dezember 1869 in Goltdammer Arch. Bd. XVIII, S. 122 und bei Oppenhoff Bd. X, S. 773.

[28]) „Nicht jeder Kauf und Wiederverkauf ausserhalb des Wohnortes, sondern nur der gewerbemässig betriebene kann als ein steuerpflichtiges Hausiren angesehen werden." Erk. des Berliner Obertribunals vom 13. Februar 1867 bei Oppenhoff Bd. VIII, S. 118. Dagegen ist eine Mehrheit von Fällen kein unerlässliches Erforderniss für die Feststellung der Gewerbemässigkeit (Erk. des Berliner Obertribunals vom 30. Septbr. 1869 bei Oppenhoff Bd. X, S. 606); das Kriterium derselben gehört vielmehr zum Thatbestand (Erk. des Berliner Obertribunals vom 14. Juni 1872 bei Goltdammer, Arch. Bd. XX, S. 427) und kann unter Umständen auch in einem einmaligen Falle gefunden werden. (Erk. des Berliner Obertribunals vom 4. Dezember 1868 bei Oppenhoff Bd. IX, S. 699.)

[29]) Diejenigen Personen, welche „gewerbliche oder künstlerische Leistungen oder Schaustellungen feilbieten" (§ 55, Nr. 4 der Ger.-Ord.) heisst man nicht „Hausirer", sondern der technische Ausdruck für diese Art von Gewerbetreibenden im Umherziehen ist „fahrende Leute".

[30]) Erk. des Berliner Obertribunals vom 14. Mai 1838 in der Sammlung Bd. I, S. 321 und vom 11. Nov. 1858 bei Goltdammer's Arch. Bd. VII, S. 85.

Verkaufen gekommen sein. Worin dieser „Beginn“ zu finden ist, erscheint als Gegenstand thatsächlicher Beurtheilung.[31])

2) Der **Ankauf zu eigenem Bedarf** kann natürlich nicht als Gewerbebetrieb angesehen werden; wenn aber dieser Bedarf als Bedarf von Rohprodukten oder Halbfabrikaten zur Fabrizirung von Waare zum Wiederverkaufe sich darstellt, so ist — die Gewerbemässigkeit des Ankaufes im Umherziehen vorausgesetzt — Hausirhandel gegeben.

3) In dem Wesen des Rechtes „Waaren feilzubieten“ ist die Befugniss **„Waarenbestellungen aufzusuchen“** schon mitbegriffen. Denjenigen also, welchem der Hausirhandel mit gewissen Waaren gestattet ist, erscheint dadurch auch ohne Weiteres die Erlaubniss ertheilt, darauf Bestellungen aufzusuchen.[32]) Das „Aufsuchen“ muss nicht gerade durch persönliches Erscheinen bewirkt werden. Derjenige, welcher ohne einen Schein zu besitzen, Waaren ohne Bestellung an andere Orte versendet, um solche daselbst für seine Rechnung durch Andere verkaufen zu lassen,[33]) treibt unbefugten Hausirhandel.[34])

C. Ueber den Hausirhandel ist nun **insbesondere im Einzelnen** Folgendes zu bemerken:

1. Der Betrieb des Handels im Umherziehen ist nach § 56 der R.Gew.Ord. für gewisse Gegenstände **gänzlich verboten.**[35]) Es darf:[36]) a) **Aus Erwägungen der Sittenpolizei** mit geistigen Getränken aller Art, mit Bruchgold und Bruchsilber nicht hausirt werden; b) **aus Gründen der Sanitätspolizei** untersagt sich das Hausiren mit Arzneimitteln, gebrauchten Kleidern und Betten, Garnabfällen, Enden und Dräumen von Seide, Wolle, Leinen oder Baumwolle; c) **Rücksichten der Finanzpolitik** verbieten das Hausiren mit Spielkarten, mit Lotterielosen, Staats- und sonstigen Werthpapieren; d) **sicherheitsgefährlich** ist der Verkauf von Schiesspulver, Feuerwerkskörpern, explosiven Stoffen, Giften und giftigen Stoffen.

---

[31]) Erk. des Berliner Obertribunals vom 30. September 1864 und 4. Dezember 1868 bei Oppenhoff Bd. V, S. 141 u. Bd. IX, S. 699.

[32]) Diess spricht eine preussische Ministerialentschliessung vom 29. April 1847 (Minist. Blatt des Innern S. 103) ausdrücklich aus.

[33]) Und dies geschieht auch, wenn die Waare durch besondere Boten oder Leute ins Haus geschickt wird, wie eine preussische Ministerialverfügung vom 8. Oktober 1853 (Ministerialblatt des Innern S. 282) sich ausspricht.

[34]) Erk. des Obertribunals vom 25. Februar 1875 bei Oppenhoff Bd. XVI, S. 154.

[35]) Wie verhält es sich, wenn Jemand mit stehendem Handelsbetrieb in seinem Wohnorte umherziehend verkauft? Auch diesem ist der Verkauf der hier aufgeführten Gegenstände untersagt; denn er ist „Hausirer,“ vgl. oben S. 75, I. A. I.

[36]) Die Ziffern des § 56 stellen die Objekte nach ihrer Beschaffenheit zusammen, nicht nach den Gründen, welche das Verbot veranlasst haben. Deshalb steht Bruchgold und Bruchsilber, obwohl es nicht aus Gesundheitsrücksichten, sondern um der Hehlerei keinen Vorschub zu leisten, als Hausirobjekt ausgeschlossen ist, nicht unter Nr. 1, sondern bei Nr. 2, und die Arzneien bilden mit dem Gift eine eigene Nr. 5. Bei den unter Nr. 3 stehenden Lotterielosen spielt die Sittlichkeitspolizei, bei den Staats- und Werthpapieren die Sicherheitspolizei herein.

Uebrigens ist dem Verordnungsrecht[37]) sowohl die Erweiterung des Hausirhandels wie dessen Beschränkung temporär gestattet (§ 56 Abs. 2 und 3), und der Landesgesetzgebung bleibt es vorbehalten, den Ankauf und Verkauf bestimmter Gegenstände des gemeinen Verbrauches als Hausirobjekte frei zu geben. (§ 63.)

2. Jeder Handelsbetrieb im Umherziehen, sei es am Wohnorte, sei es ausserhalb desselben, muss **von den Betreibenden in eigener Person** ausgeübt werden, dass es für eigene Rechnung geschehe, ist dagegen nicht nothwendig.[38]) Der Hausirer darf sich auch zum eigentlichen Handel keines Gehülfen bedienen;[39]) nur zu Dienstleistungen, welche mit dem Hausiren an sich Nichts zu thun haben, Waarenbeförderung, Wartung des Gespannes u. s. w. werden ihre Begleiter, die jedoch nicht unter 14 Jahre alt sein dürfen,[40]) genehmigt.

3. Auch die erlaubten Gegenstände dürfen in der Regel ausserhalb des Wohnortes **nicht ohne Legitimationsschein** hausirt werden; nur zum Ankauf und Verkauf roher Erzeugnisse der Land- und Forstwirthschaft, des Garten- und Obstbaues ist ein solcher nicht erforderlich. (§ 55 Abs. 2.) Der Legitimationsschein, welcher in den Fällen der Gewerbeschein-Ausstellung durch den Gewerbeschein ersetzt wird, gilt immer nur für das Kalenderjahr;[41]) Erneuerung gilt als Neuausstellung. Der Schein hat das Signalement des Inhabers und die nähere Bezeichnung des von demselben beabsichtigten Gewerbebetriebes zu enthalten (§ 60), und der Inhaber ist verpflichtet, denselben bei sich zu führen[42]) und vorzuzeigen. (§ 61.)

4. Die **Ertheilung des Legitimationsscheines** erfolgt durch die zuständige Ortspolizeibehörde des Wohnsitzes für den Ankauf und Verkauf selbstgewonnener Erzeugnisse der Jagd und des Fischfanges und für den Verkauf von Naturerzeugnissen,[43]) frischer Lebensmittel[44]) und der mit Land- und Forstwirthschaft, Garten- und Obstbau, Fischerei und gewöhnlicher Arbeit in Verbindung stehender Produkte.[45]) Für alle anderen Arten des Gewerbebetriebes im Umherziehen ertheilt die höhere Verwaltungsbehörde[46]) den Legitimationsschein. (§ 58.)

---

37) Die Erweiterung, wenn Bedürfniss obwaltet, beschliesst der Bundesrath, die Beschränkung auf bestimmte Frist, wenn Gründe der öffentlichen Sicherheit oder Gesundheitspflege es erfordern, der Bundesrath, eventuell auch der Reichskanzler nach Anhörung des Bundesrathsausschusses für Handel und Verkehr.

38) Vgl. die Erkenntnisse des Berliner Obertribunals vom 29. September 1869 und 18. Mai 1873 in Goltdammers Arch. Bd. XIX, S. 773 u. Bd. XXI, S. 583.

39) Diese Bestimmung wird leider, wie das tägliche Leben zeigt, nicht gehandhabt; man sieht nur zu häufig Jungen mit Waaren hausiren, weil man den Hausirhandel nicht richtig definirt (vgl. oben S. 175, I. A. 1).

40) Hierin ist durch die Praxis des Berliner Obertribunals (vgl. die Erkenntnisse vom 19. November 1874, 4. März 1875 und 30. Juli 1875 in den Entscheidungen Bd. 74, S. 375 und Oppenhoff Bd. 16, S. 189) die Abschwächung eingetreten, dass das Mitführen der eigenen Kinder ohne Genehmigung straflos bleibt. Entgegengesetzt eine preussische Ministerialverfügung vom 15. Juli 1874.

41) Also nicht für Jahresfrist vom Tage der Ausstellung an.

42) Ist er hiezu nicht im Stande, so muss er den Betrieb einstellen.

43) Grösseres Vieh ausgenommen.

44) Geistige Getränke ausgenommen.

45) Das Gesetz sagt „Gegenstände", die zum Wochenmarktsverkehr gehören.

46) Welche diese sei bemisst sich nach Landesrecht.

5. Die Ertheilung des Legitimationsscheines hängt vom Bedürfnisse nicht ab;[47]) wohl aber von der **persönlichen Qualifikation.** Diese ist vom Gesetze theils positiv, theils negativ bestimmt. Positive Voraussetzung ist die Volljährigkeit[48]) und der feste Wohnsitz im Bundesgebiete. Personen, welche zwar älter als 14 Jahre, aber noch nicht volljährig sind, und solche, welche einen festen Wohnsitz nicht haben, kann die Erlaubniss zum Hausiren ertheilt werden, muss es aber nicht.

Negative Voraussetzungen sind, a) dass der Hausirlustige nicht mit einer abschreckenden oder ansteckenden Krankheit behaftet sei, b) dass er nicht wegen strafbarer Handlungen aus Gewinnsucht gegen das Eigenthum, gegen die Sittlichkeit, wegen vorsätzlicher Angriffe auf das Leben und die Gesundheit des Menschen, wegen vorsätzlicher Brandstiftung, wegen Zuwiderhandlungen gegen Verbote oder Sicherungsmassregeln betreffend Einführung und Verbreitung ansteckender Krankheiten oder Viehseuchen zu Gefängniss von mindestens sechs Wochen oder zwar zu einer geringeren Strafe verurtheilt, aber in der Ausübung der bürgerlichen Ehrenrechte beschränkt worden ist und seit der Verurtheilung bez. dem Ablauf der Gefängnissstrafe zwei Jahre noch nicht verflossen sind; c) dass er nicht unter Polizeiaufsicht steht; d) dass er nicht wegen gewohnheitsmässiger Arbeitsscheue, Bettelei, Landstreicherei oder Trunksucht übel beleumundet sei.

6. Was die **Ausländer** betrifft, so unterliegt die Zulassung derselben zum Hausirgewerbe nach § 57 Abs. 3 der Gew.Ord. der Normirung durch den Bundesrath. Diese ist mittelst Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 7. März 1877[49]) veröffentlicht und zwar mit Geltung vom 1. Januar 1878 an. Für die Genehmigung soll die Bedürfnissfrage massgebend sein.

III. **Mess- und Marktverkehr.**

Das Gesetz unterscheidet „Messen",[50]) und beziehungsweise „Jahrmärkte",[51]) unter welchen nicht blos die im Jahre einmal stattfindenden, sondern alle in grösseren Zwischenräumen (Frühjahr und Herbst, Quartalweise) fallenden Märkte verstanden werden und „Wochenmärkte", unter denen aber auch die jeden Tag abgehaltenen Märkte zu begreifen sind.

A. **Gemeinsam für alle Arten** dieser öffentlichen, in nicht ständigen

---

[47]) Ausgenommen bei einigen zum Handelsgewerbe nicht gehörigen Arten (§ 59).

[48]) Die Volljährigkeit beginnt nach dem Reichsgesetze vom 17. Februar 1875 mit dem vollendeten 21. Lebensjahre.

[49]) Reichszentralblatt von 1877, Nr. 11.

[50]) Man pflegt zu sagen, der Ausdruck „Messe" komme davon, dass ehedem vor Beginn der grösseren Märkte Gottesdienst gehalten wurde. Eigentlich aber fanden derartige Märkte in der Regel aus Anlass und bei Gelegenheit besonderer Kirchenfeste, an denen Ablass, indultum, ertheilt ward und zu welchen daher viel Volk sich versammelte, statt, weshalb man in Süddeutschland den Ausdruck „Dult" hat.

[51]) Messen und Jahrmärkte unterscheidet das Gesetz nicht; erstere nennt man die Engros-Jahrmärkte.

Etablissements stattfindenden, aber im zeitweise stehenden Handelsbetriebe[52]) sich bewegenden Verkehr sind folgende Grundsätze:

1. Die **Zahl, Zeit und Dauer** wird von der zuständigen Verwaltungsbehörde festgesetzt (§ 65, Abs. 1 der R.Gew.O.), wobei indessen hergebrachter Gebrauch gewahrt bleiben soll (§ 70).[53]) Ebenso bestimmt die Behörde die Marktordnung (§ 69). 2) Eine besondere **Abgabe für den Besuch** darf weder von Einheimischen noch Fremden erhoben werden.[54]) 3) Der **Besuch des Marktes**, sowie der Kauf und Verkauf auf denselben steht in der Regel[55]) einem Jeden mit gleichen Befugnissen frei.[56]) (§ 64, Abs. 1). 4) Was auf Messen und Märkte gebracht ist und dort **nicht verkauft** wird, bleibt gewöhnliche Waare.[57]) (§ 71.)

B. **Besondere Bestimmungen** gelten:

1) für **die Wochenmärkte.**

a) **Gegenstände** des Wochenmarktverkehrs sind: 1. rohe Naturerzeugnisse mit Ausnahme des grösseren Viehs; 2. Fabrikate, deren Erzeugung mit der Land- oder Forstwirthschaft, dem Garten- oder Obstbau oder der Fischerei in unmittelbarer Verbindung steht, oder zu den Nebenbeschäftigungen der Landleute der Gegend gehört oder durch Tagelöhnerarbeit bewirkt wird, mit Ausschluss der geistigen Getränke; 3. frische Lebensmittel jeder Art. (§ 66 Abs. 1 der R.Gew.O.) Eine detaillirte Aufzählung der Gegenstände des Wochenmarktverkehres gibt die Preussische Ministerialverfügung v. 26. Dezember 1847.[58])

b) Ausser diesen Gegenständen können durch die zuständige Verwaltungsbehörde[59]) **nach Ortsgebrauch und Bedürfniss auch andere Gegenstände** zugelassen werden (§ 66 Abs. 2) und zwar kann der Verkauf solcher ausnahms-

---

[52]) Hierin liegt das Kriterium: der Mess- und Marktverkehr hält die Mitte zwischen stehendem Handelsbetrieb und Hausiren; dem wirklich stehenden Kaufmann gegenüber erscheint der Messgast oder „Dultfierant“ (wie er in Süddeutschland heisst) als Hausirer, denn er kommt herbeigezogen und zieht nach kurzer Zeit wieder weiter. Aber so lange diese Zeit währt, zieht er nicht umher, sondern verkauft in einem bestimmten unveränderlichen Lokale, sei dieses eine sogenannte Bude oder ein Comtoir bez. Laden, welcher für die Marktperiode gemiethet ist.

[53]) Ueber allenfalls dadurch entstehende Beeinträchtigung bestehender Rechte wird unter Umständen Entschädigung gewährt (§ 65, Abs. 2).

[54]) Die Bezahlung für den Dultstand, die Marktboutique u. s. w. ist keine solche Abgabe.

[55]) Die Ausnahme s. unten B. 1. b.

[56]) Retorsion gegen Ausländer ist in § 64, Abs. 3 vorbehalten.

[57]) Gewisse Gesetze und Gebräuche gestatteten nicht, dass die einmal zu Markt gebrachten Waaren zurückgenommen würden; sie mussten, wenn unverkauft, bis zum nächsten Markte bleiben oder versteigert werden. Das ist aufgehoben. Andrerseits erlangt aber auch die zu Markt gebrachte Waare kein Vorrecht; sie darf nicht etwa auch nach der Marktperiode beliebig verkauft werden, sondern nur entweder im stehenden Handelsbetriebe von den dazu Befugten oder im Umherziehen nach Massgabe der Vorschriften über den Hausirhandel.

[58]) Abgedruckt bei Jacobi a. a. O. S. 38.

[59]) Nach Antrag der Gemeindebehörde.

weise zugelassener Artikel (sofern sie ortsgebräuchlich Handwerkerwaaren sind) für die Einheimischen vorbehalten bleiben. (§ 64, Abs. 2.)

2) **für Jahrmärkte.**

a) Der Verkauf auf Jahrmärkten erstreckt sich **auf alle Art von Waaren**, seien diese Roh-Produkte (Verzehrungsgegenstände) oder Fabrikate (§ 67, Abs. 1 der R.Gew.Ord.). Indessen bleiben natürlich diejenigen Beschränkungen aufrecht, welche den Handel überhaupt betreffen. Was also Arzneien, Gift, gebrauchte Kleider und Abfälle, Druckschriften oder Bilder betrifft, so können diese unbeschränkt auch nicht auf den Markt gebracht werden, sondern es sind die Handeltreibenden im Marktverkehr an dieselben Vorschriften gebunden, wie ausserhalb desselben.

b) **Zum Verkauf von geistigen Getränken** zum Genusse auf der Stelle bedarf es auch im grösseren Marktverkehr einer besonderen Erlaubniss der Ortspolizei-Behörde. (§ 69, Abs. 2.)

c) Sofern es sich **um einen hergebrachten Markt** handelt, die sogenannten Spezialmärkte, wozu z. B. die Kirchweihmärkte gehören, bleiben die landesgesetzlichen und ortspolizeilichen Vorschriften aufrecht. Diesen gegenüber kann man sich auf §§ 64 u. 69 der R.Gew.Ord. nicht berufen. [60])

B. Das Geschäft. [1])

§ 40.

1. Begriff und Wesen desselben.

Es ist bereits früher (S. 137) erwähnt, dass sich die Gewerbemässigkeit des Handelsbetriebes in der äusseren Erscheinung erkennbar macht. Diese erkennbare Erscheinungsform der gewerbemässigen kaufmännischen Thätigkeit heisst das **Geschäft**; die Verbindung derjenigen äusserlich sichtbaren Hilfsmittel, welche zur Ausübung des Kaufmannsgeschäftes dienen, nennt man das **Etablissement.** Jedes Geschäft besitzt ein Etablissement, jedes Etablissement dient einem Geschäfte, beide verhalten sich wie Inneres und Aeusseres, wie animus und corpus. Das Geschäft ist, wie **Endemann** [2]) trefflich definirt, „ein Komplex nicht blos der für den Handel bestimmten todten Produktivmittel, sondern zugleich der in wirthschaftlicher Bewegung befindlichen Kapitale und Arbeitskräfte“ (sei es Kapital und Arbeitskraft des Inhabers oder mögen sie von einem

---

[60]) Vgl. das Erk. des Münchner obersten Gerichtshofes vom 21. Februar 1879 in dem Amtsblatte des Bayerischen Ministerium des Innern S. 165 ff. abgedruckt.

[1]) Die Literatur hat bisher diese Materie selbständig nicht behandelt. Andeutungen finden sich in den bei Endemann (Handelsrecht § 15, Not. 2) citirten Aufsätzen von Gelpke, Zeitschrift Heft 2, S. 19 u. 20, Bekker, Zeitschrift für Handelsrecht Bd. IV, S. 547 und 554 und die polemischen Aufsätze gegen die von Endemann zuerst aufgestellte Theorie des Geschäftes als eines über der physischen Person des Inhabers stehenden Organismus des wirthschaftlichen Lebens (s. Not. 5).

[2]) Handelsrecht S. 63.

Dritten dem Geschäfte zugeführt sein). Das Etablissement [3]) dagegen ist ein Komplex nicht blos der für den „Gewerbebetrieb dienenden Vorrichtungen und körperlichen Gebrauchsgegenstände, sondern auch der sichtbar werdenden Arbeitsthätigkeiten im Geschäfte".

Nach kaufmännischer Auffassung ist das Geschäft einestheils das **Objekt** dinglicher und persönlicher Berechtigungen, der Inbegriff der vom Kaufmanne im Betriebe seines Gewerbes verwendeten Vermögensbestandtheile, eine universitas rerum distantium, [4]) anderntheils aber das **Subjekt** der Verkehrsbeziehungen, der Inbegriff des aus den einzelnen gewerbemässigen Thätigkeiten sich zusammensetzenden Handelsbetriebes, eine universitas bonorum. [5]) Diese subjektive Funktion des Geschäftes ist Angesichts des wirklichen Lebens nicht zu bestreiten [6]) und ohne dass man bis zur Annahme einer „juristischen Persönlichkeit" vorzugehen braucht, muss man doch anerkennen, dass „das Geschäft sein eigenes Leben hat; es schafft sich einen gewissen Umkreis, ein Gebiet des Bezugs und Absatzes, es tritt durch Bezug und Absatz in den Verkehr mit Andern. Das Geschäft hat seinen eigenen Karakter und Gang, der keineswegs lediglich von dem Jnhaber abhängt. Dem Geschäfte nicht der Person des Prinzipals widmen die Gehilfen, ja der Prinzipal selbst, ihre Kräfte. Das Geschäft macht den Kaufmann, nicht umgekehrt. Das Geschäft als solches, nicht der Kaufmann, bestimmt in den meisten Fällen die Neigung Dritter mit ihm in Verkehr zu treten. Das Geschäft ist der eigentliche Träger des Kredits." (**Endemann.**) Deshalb sieht sich der Geschäftsinhaber als Prinzipal für durchaus verschieden mit sich selbst als Privatperson an; er thut und unterlässt als letztere Manches, was er als ersterer nicht thun oder unterlassen würde.

Der erste Akt, mit welchem die gewerbemässige Thätigkeit des Kaufmannes beginnt, die Eröffnung seines Geschäftes [7]) ist die Etablirung. Diese Etablirung besteht darin, dass der Kaufmann entweder ein Etablissement errichtet oder ein schon bestehendes Etablissement erwirbt, [8]) und wird be-

---

[3]) Hierin weicht Völderndorff etwas von Endemann ab; was er unter Etablissement (z. B. S. 65, Nr. II) versteht, nennt man (wie übereinstimmend von den Kaufleuten versichert wird) immer „Etablirung"; im Französischen bedeutet allerdings établissement primär den Akt des sich Etablirens, der deutsche Ausdruck „Etablissement" aber wird im kaufmännischen Leben nur für die äusserliche Anstalt, für die sichtbare Einrichtung des Geschäftes gebraucht.

[4]) Als solches kommt das Geschäft in Betracht, wenn es auf einen anderen Inhaber übergeht, s. § 43. Vgl. v. Hahn zu Art. 22, § 2; Behrend, Zeitschr. f. Gesetzgeb. u. Rechtspfl. Bd. 4, S. 431.

[5]) Als solches führt das Geschäft einen Namen, die Firma.

[6]) Es ist (wie Eingangs erwähnt) das Verdienst Endemann's, diese Seite zuerst in das rechte Licht gestellt zu haben, und ohngeachtet mehrfacher Angriffe (vgl. Laband in der Goldschmidt'schen Zeitschrift Bd. VIII, S. 647 ff.; Regelsberger ebenda Bd. XIV, S. 13 ff.) muss meines Erachtens dabei stehen geblieben werden.

[7]) Es kann aber allerdings sein Geschäft damit beginnen, dass er das Geschäft eines Anderen fortsetzt.

[8]) In einem Lübecker Erkenntniss (in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. VI, S. 564) wird allerdings der Fall, dass Jemand durch Heirath in ein Geschäft als Inhaber eintritt, nicht als Bruch des Versprechens erklärt, sich nicht etabliren zu wollen. Allein offenbar beweisst diese konkrete Entscheidung Nichts gegen den allgemeinen Sprachgebrauch.

gleitet von der Verschickung von Circularen oder Adresskarten, von Anzeigen in öffentlichen Blättern, Einzeichnung der Firma im Handelsregister, Anmeldung einer Marke, Beitritt zur Kaufmanns-Gilde und dergleichen. Die Errichtung des Etablissements selbst erfolgt gewöhnlich durch Eröffnung eines Comptoirs, Bureaus, Ladens, Magazins, Aufmachung einer Fabrik, Anschaffung der erforderlichen Geräthschaften und Aehnliches.[9]) Die Etablirung hat für den Nachweis der Kaufmannseigenschaft eine wesentliche Bedeutung, indem aus ihr (vgl. oben S. 137) auf die Absicht den Handel als Gewerbe zu treiben geschlossen werden muss.

Als Name des Geschäftes erscheint die Firma (vgl. unten § 42); als Name des Etablissements wird entweder ein für den kaufmännischen Betrieb indifferenter,[10]) an dem Etablissement als äusserer Erscheinung haftender oder aber das Waarenzeichen gewählt. Dieser „Etablissements-Name" nimmt seiner Beschaffenheit wegen einigermassen an den Eigenschaften der Firma und des Waarenzeichens Theil. Man bedingt sich nicht selten beim Uebergang des Geschäftes den Uebergang des „Schildes" aus; es wird auch der Besitz desselben gegen unberechtigte Eingriffe geschützt.[11]) Das Reichsoberhandelsgericht subsumirt sogar den Gebrauch der Firmentafel unter die Akte des Handelsbetriebes mit kaufmännischem Namen und hat es als einen nach Art. 27 des A. d. H.G.B. zu behandelnden Missbrauch erklärt, wenn ein Kaufmann den Schild mit einer ihm nicht gehörigen Firma am Hause hängen lässt.[12])

§ 41.

2. Der Sitz des Geschäfts.

Indem sich der Kaufmann etablirt, wählt er damit einen Mittelpunkt für seine geschäftliche Thätigkeit. Dieser kann mit seinem persönlichen Wohnorte, seinem Domizile als Privatmann, welches der örtliche Mittelpunkt der Gesammtheit seines Vermögens und seiner Rechtsverhältnisse ist,[1]) zusammenfallen; er

---

[9]) Aber auch wer kein Comptoir oder Laden hat, z. B. der hausirende Kaufmann muss doch ein „Etablissement", d. h. einen äusseren Apparat zur Geschäftsbetreibung einrichten; daher hat Endemann Recht, wenn er (Handelsrecht Not. 1, S. 65) sagt: „Handelsleute ohne Etablissement kann es nur geben, insofern sie nicht Kaufleute im Sinne des Handelsgesetzbuches sind."

[10]) „Zum schönen Türken", „zum goldenen Löwen" u. s. w.; bei uns nur mehr bei Wirthschaften und Apotheken, an anderen Orten z. B. Wien, Paris allgemein üblich, an letzteren Orten geht er häufig in die Firmen über.

[11]) Ein interessantes Beispiel bietet das Erk. des Berliner Obertribunals vom 26. September 1875 (Striethorst Bd. 89, S. 287). Hier hatte der Hauseigenthümer das Aushängeschild durch Schlingpflanzen so überdeckt, dass das Publikum die Figur nicht mehr erkennen konnte; das Gericht sah in diesem Verfahren eine „Störung des Besitzes" und verurtheilte den Eigenthümer zur Beseitigung der Pflanzen.

[12]) Erk. vom 17. September 1874 in der Sammlung Bd. XIV, S. 187 und in Busch Arch. Bd. XXXII, S. 255.

[1]) Thöl a. a. O. § 51.

kann aber auch von ihm verschieden sein. Der Kaufmann kann an einem Orte wohnen an dem anderen sich als Kaufmann niederlassen. Die **Handelsniederlassung**,[2]) das Haus in merkantilem Sinne[3]) ist der Ort, wo das Geschäft seinen Sitz hat,[4]) von dem aus die kaufmännischen Operationen geleitet, von wo die Direktion zu den einzelnen Geschäften ertheilt und wohin die Ergebnisse der Unternehmungen zurückgeleitet werden. Hieraus ergibt sich, dass ein- und dasselbe Geschäft nur einen Sitz haben kann und diesen nennt man die **Hauptniederlassung** desselben, während natürlich eine und dieselbe Person, indem sie Inhaberin mehrerer Geschäfte ist, allerdings mehrere Hauptniederlassungen haben kann. Indessen ist es möglich, dass ein kaufmännisches Geschäft an dem Orte, wo es ein Nebenetablissement besitzt, eine gewisse selbständige Thätigkeit entwickelt, einen bestimmten Umfang des Handelsbetriebes ausübt und damit an solchem Orte eine **Zweigniederlassung** begründet.

I. Im Allgemeinen bietet es keine Schwierigkeit, festzustellen, **wo das Geschäft seinen Sitz, wo der Kaufmann seine Hauptniederlassung hat.** Die klassische Definition des Domizils:[5]) „unde quum profectus est peregrinari videtur, quo si rediit peregrinari jam desiit“ gibt hiefür genügenden Anhaltspunkt. Keine Handelsniederlassung hat der Kaufmann am Messplatz, wenn er nur zur Messe reist“ **(v. Hahn)**; aber wenn er auch für sein Geschäft das ganze Jahr hindurch reist, während sein Prokurist zu Hause die Geschäfte besorgt, hat er doch im letzteren Orte seine Niederlassung **(v. Windscheid)**. Zweifelhaft könnte die Ermittlung der Hauptniederlassung da werden, wo der gewerbemässige Verkauf der Waaren erst nach Verarbeitung derselben stattfindet, also bei Fabrikunternehmungen (insbesondere von Aktiengesellschaften), da sich hier das Fabriketablissement häufig an einem anderen Orte befindet, als demjenigen der Direktion des Gesammtunternehmens. Hier ist nun weder auf die Lage der Fabrik noch auf den Wohnort der Inhaber[6]) ein entscheidendes Gewicht zu legen. Massgebend ist vielmehr auch hier lediglich, von wo aus die merkantile Leitung des Unternehmens ausgeht, die Verwaltung geführt wird (wie sich § 19 der Reichscivilprozess-Ord. ausdrückt) und als äusseres Kenn-

---

[2]) Ich nehme die Ausdrücke Handelsniederlassung und Etablissement nicht als identisch; Handelsniederlassung ist der Ort, wo der Kaufmann ein Etablissement besitzt, entweder sein Hauptetablissement oder ein Nebenetablissement. Gerade daraus, dass nicht überall wo ein Nebenetablissement sich befindet, auch eine Zweigniederlassung sein muss, geht der Unterschied hervor. Indessen: „verba sunt.“

[3]) v. Hahn zu Art. 19, § 3.

[4]) Fr. 203, d. V.S. (50, 16) „ubi quisque sedes et tabulas haberet.“ Das Handelsgesetzbuch bezeichnet dieselbe ausdrücklich als „Sitz des Geschäftes“.

[5]) c. 9. C. de incolis (10, 39) die Worte: „ubi quis larem rerumque ac fortunarum suarum summam constituit“ kann man (mit v. Hahn) für das kaufmännische Domizil treffend anwenden, wenn man liest: rerum ac fortunarum suarum ad mercaturam spectantium summam constituit, und ganz passend wird sie, wenn man statt „larem“ die Firma nennt.

[6]) Auch nicht bei einer Aktienunternehmung beispielshalber auf den Ort, wo die Generalversammlung stattfindet oder wo der Vorstand seine Berathungen abhält.

zeichen dient es, wo die Bücher geführt werden,[7]) wo Zahlung[8]) geleistet und empfangen wird, von wo die Wechsel gezogen und angewiesen werden, überhaupt wo Geschäftskasse, Bureau und Comptoir ist.[9]) Mag dann auch die Fabrikation als solche die Hauptsache bilden, mag die technische Leitung des Unternehmens an einem anderen Orte statthaben, so ist der Sitz des Geschäftes doch immer da, wo die kaufmännische Geschäftsleitung sich befindet.

Mehr Schwierigkeiten als die Unterscheidung zwischen Handelsniederlassung und Wohnort und die Ermittlung, welche von mehreren Niederlassungen die Hauptniederlassung ist, bietet die Frage, ob in concreto ein Etablissement eine Zweigniederlassung begründet oder als ein blosses Nebenetablissement erscheint.[10]) Sind freilich die verschiedenen Etablissements völlig von einander getrennt und bildet jedes derselben ein unabhängiges Geschäft,[11]) so ist kein Zweifel möglich, wohl aber wenn dieselben nicht getrennte Existenz führen, sondern in einem ständigen geschäftlichen Zusammenhange stehen. Hier kommt es darauf an, ob das eine Etablissement nur ein kaufmännisch unselbständiges untergeordnetes Glied des anderen bildet, oder ob es zwar keine von dem Hauptgeschäfte getrennte Existenz hat, aber doch eine gewisse Selbständigkeit geniesst. Hierzu gehört, dass das Etablissement zwar nur mit dem Hauptetablissement in Verbindung stehende handelsgewerbliche Zwecke verfolgt, demselben seine Kraft zuführt und anderseits von demselben Mittel und Kräfte zugeführt erhält,[12]) aber doch für sich betrachtet als ein ständiger Mittelpunkt des Betriebes durch eine zur Führung des Geschäftes berechtigte Person[13]) behandelt und anerkannt ist.[14]) Aeusserlich kennzeichnet sich das Verhältniss am sichersten durch die gesonderte Buchung; sobald ein Etablissement im Buche der Hauptniederlassung ein Folium als Creditor und Debitor hat, kann man mit voller Sicherheit annehmen, dass

---

[7]) Das heisst die Hauptbücher; denn da wo die Waare verarbeitet wird, führt man natürlich auch Aufschreibungen.

[8]) Das heisst „Zalung" in abstracto; denn Zalungen im Einzelnen können auch anderswo geleistet und empfangen werden.

[9]) Vgl. das Erk. des Handelsapp.Ger. zu Nürnberg vom 19. Februar 1863 in Völderndorff's Sammlung Bd. I, S. 181.

[10]) Man darf natürlich nicht von der Firma ausgehen; denn umgekehrt bestimmt sich die Frage der Firmeneintragung nach dem innern Karakter der Niederlassung.

[11]) Vgl. Völderndorff's Kommentar Bd. I, S. 174. Andreas Maier ist Inhaber der Ultramarinfabrik: „Maier's selige Erben" in Altdorf und betreibt zugleich eine Glashandlung unter der Firma: „Andreas Maier u. Sohn" in Neudorf.

[12]) Vgl. Busch, Arch. Bd. I, S. 259.

[13]) Ein Gesellschafter oder Prokurist, wie ein Erkenntniss des Berliner Kammergerichts in Busch, Arch. Bd. II, S. 37 annimmt, muss indessen dieser keineswegs sein; es kann als solcher auch ein einfacher Handlungsbevollmächtigter fungiren.

[14]) Erk. des Mainzer Obergerichtes vom 12. November 1864 in Busch, Arch. Bd. VI, S. 129, und das Erk. des R.O.H.G. vom 14. Oktober 1874 (Sammlung Bd. XIV, S. 402) sagt: Kriterium ist, dass in der Niederlassung nicht blos nebensächliche, sondern wesentliche zu dem eigentlichen Geschäftsgange gehörige Verträge mit einer gewissen Selbständigkeit abgeschlossen werden. S. auch das. Bd. 17, S. 315.

es umgekehrt ein Etablissement, dem ein selbständiges Conto nicht eröffnet ist,[15]) immer nur ein Neben- oder Hülfsetablissement bleibt.

II. **Wo der Kaufmann seinen Geschäftssitz hat, da muss er auch für seine Geschäfte Rede und Antwort stehen;** Wechsel können ihm nicht in seinem Wohnorte, sondern nur am Orte seiner Hauptniederlassung (und auch nicht in seiner Wohnung, sondern nur in seinem Geschäftslokale) präsentirt werden.[16]) Für gerichtliche Ansprüche ist der obige Grundsatz im gegenwärtigen Rechte nicht mit voller Schärfe aufrecht erhalten.[17]) Der Kaufmann muss sich im Allgemeinen an dem Orte verklagen lassen, wo er seinen Wohnsitz hat, (§ 13 der Reichscivilprozessordnung) und wenn er auch sein Geschäft an einem anderen Orte betreibt, als wo er wohnt, kann er doch nicht verlangen, dass die merkantilischen Ansprüche gegen ihn ausschliesslich dort, wo die Handelsniederlassung ist, erhoben werden. Die Reichscivilprozessordnung hat nur (§ 22) dem Berechtigten freigestellt, gegen diejenige Person, welche zum Betriebe einer Fabrik, einer Handlung oder eines andern Gewerbes eine Niederlassung hat, von welcher aus unmittelbar Geschäfte geschlossen werden, Klagen, welche auf den Geschäftsbetrieb der Niederlassung Bezug haben, bei dem Gerichte des Ortes zu erheben, wo sich die Niederlassung befindet. Hiernach kommt der „Gerichtsstand des Etablissements“ [18]) sowohl gegen Hauptniederlassungen, wie gegen Zweigniederlassungen nur elektiv zur Geltung; übrigens ohne Unterschied, ob die Geschäfte durch den Inhaber der Niederlassung selbst oder durch Stellvertreter desselben geschlossen wurden. Voraussetzung ist lediglich,[19]) dass unmittelbar Geschäfte[20]) von einem Orte aus geschlossen werden. Damit aber ist für das Nebenetablissement dieser elektive Gerichtsstand nicht gegeben; das heisst Klagen, welche auf ein solches sich beziehen, können nur am Wohnorte des Inhabers oder am Orte seiner Hauptniederlassung, nicht aber an dem Orte erhoben werden, wo das Nebenetablissement sich befindet. Inzwischen gilt das Bisherige nur für Einzelkaufleute: für Gesellschaften verfügt der § 19

---

15) In diesem Falle werden die Erträgnisse und Lasten auf diejenigen Conti finti gebracht, welche sich sonst dazu eignen, z. B. Betriebsconto, Waarenconto u. s. w.

16) A. d. W.O. Art. 91.

17) Mit Recht macht Endemann a. a. O. Note 15 aufmerksam, dass der Gestattung einer Wahlbefugniss eine nicht genügende Erkenntniss der Thatsache zu Grunde liegt, dass nicht die Person des Inhabers, sondern das Geschäft Träger des merkantilen Kredits ist.

18) Wie er in den Motiven zum Civilprozess-Entwurfe genannt wird.

19) Daher kann man nicht mit v. Sarwey (Kommentar zur Civ. Pr. O. Bd. I, S. 119) als Bedingung stellen, dass die zum Geschäftsabschlusse legitimirte Person am Niederlassungsorte wohnt. Wenn der Prinzipal jeden Nachmittag mit der Eisenbahn seinen Niederlassungsort verlässt und an einem andern Orte speist und schläft, also nur den Tag über im Comptoir sich aufhält, ist doch der Gerichtsstand der Niederlassung begründet.

20) Allerdings aber nicht ein Geschäft, sondern eine unbestimmte Reihe von Geschäften.

21) Vgl. Endemann a. a. O. S. 67: „Um die Gesellschaft als solche zu verklagen, gibt es kein anderes Forum“ (als das des Sitzes).

der R.Civ.Pr.Ord.: „der allgemeine Gerichtsstand — derjenigen Gesellschaften, Genossenschaften oder anderer Personenvereine — welche als solche verklagt werden können, wird durch den Sitz derselben bestimmt."[22]) Als Sitz ist, wie bereits erwähnt, der Ort erklärt, wo die Verwaltung geführt wird; dabei spricht aber der letzte Absatz des § 19 aus, dass ein durch Statut oder in anderer Weise geregelter Gerichtsstand neben dem Gerichtsstand der Niederlassung bestehen könne.[23])

Die allgemeine Bestimmmung des § 22 der R.Civ.Pro.Ord. gilt auch für Gesellschaften und Genossenschaften.[24]) Dieselben können für Geschäfte, welche eine Zweigniederlassung zu vertreten hat, nicht blos an dem Gerichte ihres Sitzes, sondern auch bei dem Forum des Ortes der Zweigniederlassung verklagt werden.[25])

Für den Konkurs hat das Gesetz dem Geschäftssitz keinerlei Bedeutung beigelegt. Falls ein Geschäft, eine Fabrik, ein Gewerbeetablissement fallirt, so kann nicht das Gericht, in dessen Bezirk das Geschäft seinen Sitz hat, die Fabrikgebäude stehen, das Gewerbe betrieben wird, sondern nur dasjenige Amtsgericht die Gant eröffnen, in dessen Umkreis der Inhaber seinen Wohnsitz hat. Man ging davon aus,[26]) dass in vereinzelten Fällen der Gerichtsstand der Niederlassung für ein Konkursverfahren praktische Vortheile gewähren könnte, dass aber da die Gant das Gesammte der schuldnerischen Persönlichkeit ergreife, zu Gunsten des obigen Gerichtsstandes eine generelle Ausnahme nicht gerechtfertigt sein würde. Bei Konkursen über das Vermögen von Gesellschaften ist gleichfalls das Gericht des „Sitzes" (der Hauptniederlassung nicht jenes einer anderweitigen Niederlassung) zuständig.[27])

---

[22]) Nach dem Entwurfe sollte sogar der durch Statut oder in anderer Weise geregelte Gerichtsstand das Forum des Geschäftssitzes ausschliessen, was ein entschiedener Fehler gewesen wäre.

[23]) Man darf nur nicht, verleitet durch die Worte in Abs. 1 des § 19 (— wenn nicht ein Anderes erhellt), davon sprechen (wie z. B. Petersen, Kommentar S. 60), dass die Gesellschaft durch Statut über ihren Sitz verfügen könne. Der Sitz, das heisst die Hauptniederlassung, ist ein Faktum, derselbe bestimmt sich durch das Geschäft selbst und hängt nicht von der Willkür ab. Nur das steht einer Gesellschaft zu, sich freiwillig einem anderen als dem durch die Natur gegebenen Gerichtsstand zu unterwerfen, aber nur neben dem faktisch begründeten, ausschliessen kann sie diesen niemals.

[24]) Aus dem Wortlaute des § 22: „Hat Jemand" könnte man allerdings schliessen, derselbe beziehe sich nur auf physische Personen. Vgl. dagegen Hellmann, Kommentar Bd. I, S. 111 ff.

[25]) Vgl. § 38 des Reichsbankgesetzes vom 14. März 1875: Gegen die Reichsbankhauptstellen und Bankstellen können alle Klagen, welche auf den Geschäftsbetrieb derselben Bezug haben, bei dem Gerichte des Ortes erhoben werden, wo die Zweiganstalt errichtet ist.

[26]) Motive zur Konkursordnung.

[27]) Vgl. Völderndorff's Kommentar zur Konkursordnung Bd. II. S. 586.

§ 42.

3. Das Geschäft als Subjekt.

Als **Subjekt der Verkehrsbeziehungen eines bestimmten wirthschaftlichen Komplexes**, wie wir oben (S. 161) das Geschäft bezeichnet haben, muss dasselbe auch Subjekt von Rechten und Verbindlichkeiten sein können. Der prägnanteste Ausdruck hiefür liegt in dem fast allgemein anerkannten Satze, dass die Firma klagen und beklagt werden dürfe; [1]) denn die „Firma“ als solche ist ja weder ein Subjekt noch ein Vermögensinbegriff, sie bezeichnet nur das hinter ihr stehende Geschäft, sie ist nur der Name, unter welchem das Geschäft handelnd auftritt. Dadurch aber dass das Geschäft eine universitas bonorum bildet, ist begründet, dass dasselbe als ein selbständiges und gesondertes Vermögen auch seinen eigenen Kredit [2]) und überhaupt seinen geschlossenen Kreis rechtlicher Beziehungen haben muss. Daraus würde nun folgen, dass die Geschäftskreditoren sich mit Ausschluss der persönlichen Gläubiger unter allen Umständen namentlich aber bei einer Ueberschuldung im Konkurse an das Geschäftsvermögen müssten halten können. Allein in dieser Ausdehnung ist bisher die Praxis der Theorie [3]) noch nicht gefolgt.

I. Vor Allem ist **in keiner Weise den Gläubigern der Firma eines Einzelkaufmannes ein Vorrecht gegenüber den Privatgläubigern** desselben an dem Geschäfts-Vermögen eingeräumt. An diesem letzteren kann sofort eine Exekution zu Gunsten eines Kreditors der Person des Kaufmannes stattfinden und wenn nachträglich auch ein Geschäftsgläubiger auftritt, hat der zuerst Gekommene nicht zu weichen. [4])

II. Auch **im Konkurse** wurde im Allgemeinen bisher in keinem Gesetze das Separationsrecht der Geschäfts-Kreditoren anerkannt. Nur in dem Falle, dass der Schuldner zu gleicher Zeit verschienene Fabriken, Handlungen oder Gewerbe unter verschiedenen Firmen betrieben hatte, war nach einigen Rechten [5]) jenen Gläubigern, welche ausschliessend zu einem oder dem anderen dieser Geschäfte Kredit gegeben hatten, eine Absonderung des zu diesem Geschäfte gehörigen Vermögens zu ihrer Befriedigung aus demselben gestattet. [6]) Ob dieses Separationsrecht auch auf Zweigniederlassungen (wo also das Erforderniss der getrennten Firma fehlt) sich erstrecke, ist in der Praxis ebenso controvers gewesen, wie in der Theorie. Nach der Reichskonkursordnung aber ist in dieser Richtung ein Separationsrecht überhaupt nicht gewährt. [7]).

[1]) Vgl. hierüber unten § 44.

[2]) Die mittelalterliche Parömie sagt: magis merci quam mercatori creditur. Vgl. Endemann, Handelsrecht S. 70, Note 4.

[3]) Besonders vertreten von Bekker in der Goldschmidt'schen Zeitschrift Bd. IV. S. 502 und Bd. XVII, S. 297.

[4]) Argumento Art. 709, Abs. 3 der R.Civ.Pr.O.

[5]) Z. B. Bayerische Prioritätsordnung von 1822, § 8 n. 5.

[6]) Die Literatur hierüber siehe bei Endemann, Handelsrecht S. 70, Note 4. 5 und 6.

[7]) Vgl. Mot. ders. S. 188.

III. Deutlicher trat die Anerkennung des Geschäftes als eines Rechtssubjektes von jeher **bei der Gesellschaftsfirma** hervor. Dass die Gesellschaftsgläubiger auch ausserhalb des Konkurses hinsichtlich der Befriedigung ihrer Ansprüche an die Gesellschaft aus dem Gesellschaftsvermögen den Privatgläubigern der persönlich haftenden Gesellschafter vorgehen, war hergebrachtes Recht.[8]) Das A. d. H.G.B. gibt in Art. 119 und 121 dem Satze praktischen Ausdruck, indem den Privatgläubigern die Exekution nur an demjenigen gestattet wird, was die Gesellschafter an Zinsen, Gewinnantheilen und bei einer Auseinandersetzung der Gesellschaft an Herauszahlungen trifft und indem ferner den Gesellschaftsschuldnern die Kompensation mit Privatforderungen versagt wird. In der Reichskonkursordnung tritt hiezu noch das besondere Separationsrecht des § 44,[9]) wonach derjenige, welcher mit dem Gemeinschuldner in einem Miteigenthume, in einer Gesellschaft oder in einer anderen Gemeinschaft sich befindet, wegen der auf ein solches Verhältniss sich gründenden Forderungen abgesonderte Befriedigung aus dem Antheile des ihm Verpflichteten an der Gemeinschaft fordern kann. Für den Konkurs hat dann das A. d. H.G.B. in Art. 122 dss Separationsrecht speziell anerkannt, indem verfügt wird, dass die Gesellschaftsgläubiger aus dem Gesellschaftsvermögen vorweg befriedigt werden und ihren Ausfall als persönliche Schuld liquidiren können; diesem anschliessend verfügt die R.Konk.Ord. in § 198 einen Partikularkonkurs über die überschuldeten Gesellschaften.

IV. **Andere Folgesätze** aus der Eigenschaft des Geschäftes als Rechtssubjekt werden sich bei der Darstellung der einzelnen Lehren ergeben. So dass die Veräusserung einer Firma abgesondert vom Geschäfte unzulässig ist (Art. 23 des A. d. H.G.B.), dass das Gesellschaftsverhältniss vertragsmässig auch auf die Erben übergehen kann (Art. 123 des A. d. H.G.B.), dass das Dienstverhältniss des im Geschäfte thätigen Personals durch den Tod des Prinzipals oder durch den Uebergang des Geschäftes auf einen Andern nicht geendigt wird[11]) und Anderes.

§ 43.

4. Das Geschäft als Objekt.

Als Inbegriff der von einem Kaufmann im Betriebe seines Gewerbes thätigen Vermögensbestandtheile kann das Geschäft — auch abgesehen vom Etablissement — **Objekt** von Rechtsverhältnissen sein; dass diess ein Etablissement sein kann, versteht sich ohnehin.[1]) Aber während letzteres den Rechtsbeziehungen

---

[8]) Vgl. die Nachweise bei Endemann a. a. O. S. 71, Note 8.

[9]) Vgl. Völderndorff's Kommentar Bd. I, S. 479 ff.

[10]) Eigentlich sollte jedoch dies die Regel sein und das Gegentheil nur durch Vertrag bestimmt werden können.

[11]) Was indessen nicht unbestritten ist, vgl. Völderndorff's Kommentar zum Handelsgesetzbuch Bd. I, S. 424.

[1]) Denn das Etablissement als der äussere Apparat zum Geschäftsbetriebe ist eine universitas rerum distantium, also eine res wie jede andere.

unbeschränkt unterstellt werden kann, lässt das gegenwärtige Recht am Geschäfte nur eine Rechtshandlung zu, die Disposition über dasselbe behufs Ueberganges auf einen Anderen. Daher kann der Prinzipal sein Geschäft verschenken, verkaufen, verpachten, vererben (durch Erbeinsetzung oder Legat), aber nicht verpfänden, mit Servituten belasten, und dergleichen.[2]) Denn in den letztgenannten Rechtshandlungen kommen stets nur die einzelnen Bestandtheile des Geschäftes, wenn auch alle zusammen,[3]) in Betracht und ebendeshalb findet auch kein Besitz am Geschäfte und folgeweise auch keine „Besitzübertragung des Geschäftes als solches" statt.[4])

Durch diese Sätze erledigt sich denn die vielbestrittene Frage, ob mit der Firma auch die Aktiven und Passiven übergehen.[5]) Vor Allem muss die „Firma" ganz ausser Betracht bleiben, denn nicht auf ihren Uebergang, sondern auf den Uebergang des Geschäftes kommt es an und es tritt dasselbe ein, ob das Geschäft mit der Firma oder ohne solche übertragen wird.[6]) Wenn aber das Geschäft als solches auf einen Anderen übergeht, so gehen unzweifelhaft Aktiven und Passiven mit über,[7]) oder vielmehr der Uebergang des Geschäftes besteht gerade in der Ueberlassung der Aktiven und Passiven von Seite des bisherigen Prinzipals und in der Uebernahme der Aktiven und Passiven von Seite des neuen Prinzipals. Die Rechtshandlung überträgt indessen nur die bisherige rechtliche Innehabung des Geschäftes von Einem auf den Anderen, da aber das Geschäft nicht besessen wird, gehen auch die Vermögensbestandtheile, aus denen dasselbe besteht, nicht sofort und an und für sich auf den neuen Inhaber über. Das heisst: die Uebertragung des Geschäftes als eines Ganzen berechtigt den bisherigen Inhaber vom Erwerber Deckung aller Schulden zu fordern und verpflichtet ihn, dem Erwerber alle Ansprüche zu überlassen; sie verpflichtet den neuen Inhaber, den Veräusserer für alle Geschäftsschulden frei zu lassen und berechtigt ihn, alle Forderungen für sich einzuziehen.[8]) Dritten gegenüber aber

[2]) Anderer Meinung Endemann a. a. O. S. 73.

[3]) Die Verpfändung schliesst sich dadurch aus, dass ein Faustpfand an einer ideellen Einheit nicht stattfindet, eine Hypothek auf einem Geschäfte aber aus formalen Gründen gleichfalls ausgeschlossen ist.

[4]) Eine rechtliche Innehabung (Endemann) aber wohl am Ganzen.

[5]) Vgl. Goldschmidt's Zeitschrift Bd. XIV, S. 1 ff. (Regelsberger), dann Busch, Arch. Bd. XXXII, S. 201 (Mommsen); Bd. XXXIV, S. 25 ff.; Bd. XXXVI, S. 81 ff. u. Bd. XL S. 49 ff. (Ladenburg) u. Goldschmidt's Zeitschrift Bd. XXXIV, S. 91 (Simon); Zeitschr. für Gesetzgeb. u. Rechtspfl. Bd. 4, S. 429 (Behrend); Gruchot's Beitr. Bd. 11, S. 266 (Hoffmann).

[6]) Nur insofern ist der Firmaübergang von Bedeutung, dass aus diesem geschlossen werden darf, es habe sich um das Geschäft als solches, als Ganzes gehandelt.

[7]) Damit auch im Zweifel die Bücher; R.O.H.G. Bd. 19, S. 419.

[8]) Dieser Wille kann bei einer Ueberlassung des Geschäftes gar nicht zweifelhaft sein. Der Uebertragung des Geschäfts als solchen, als eines Ganzen kann seinem Begriffe nach gar keine andere Absicht zu Grunde liegen. Nicht also diese Frage muss aus den Umständen beantwortet werden, sondern nur die Frage, ob das Geschäft oder nur das Etablissement Objekt des Rechtsgeschäftes, welches den Uebergang bewirkt, gewesen sei. Dagegen mit allerdings sehr beachtungswerthen Gründen v. Kräwel in Busch's Arch. Bd. XII, S. 48 ff.

tritt die Rechtswirkung der geänderten Inhaberschaft auch nach Ueberlassung des Geschäftes nur dann ein, wenn die einzelnen Vermögensbestandtheile des Geschäftes nach der für jede Art derselben erforderlichen rechtlichen Weise übergegangen sind. Der neue Erwerber also usucapirt Sachen nicht in Folge des Geschäftsüberganges, sondern nur dann wenn hierbei zugleich die Sachen von dem neuen Erwerber in Besitz genommen sind; der Schuldner des Geschäftes befreit sich durch Zahlung an den bisherigen Prinzipal nur so lange und nur insoweit, als der debitor cessus noch mit Rechtswirkung an den Cedenten zahlen kann; der Geschäftsgläubiger kann sich an den neuen Erwerber nur halten, insofern nach den Gesetzen eine Schuldübernahme durch Vertrag zwischen dem Schuldner und einem Dritten zugelassen ist [9]) und er muss sich an denselben halten, insoweit eine rechtswirksame Uebertragung der bisherigen Obligation stattgefunden hat.

Die Praxis erkennt indessen obige Sätze keineswegs unbestritten an und insbesondere sind die Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts [10]) obwohl unter sich nicht völlig übereinstimmend, doch gegen den stillschweigenden Uebergang der Aktiven und Passiven beim Geschäftsübergange gerichtet; [11]) während das Berliner Obertribunal sich constant seit Einführung des Handelsgesetzbuches für die in Obigem adoptirte Ansicht ausgesprochen hatte. [12]) Die übrigen Ge-

---

[9]) Eine solche gesetzliche Bestimmung gibt Art. 113 des A. d. H.G.B. für den Fall des Eintrittes in ein bestehendes Gesellschaftsgeschäft. Ausserdem ist es Usance, dass die öffentliche Bekanntmachung (durch Annonce oder Circulare, noch mehr durch speziell adressirte Briefe) die Uebernahme eines Geschäftes (insbesondere aber der Firma) eine den Gläubiger berechtigende Schuldübernahme enthält. Es ist aber meines Dafürhaltens genügend, wenn die Uebernahme des Geschäftes kurzweg annoncirt wird, während nach einem Erk. des R.O.H.G. vom 23. Januar 1875 (vgl. Busch, Arch. Bd. 32, S. 260) die Uebernahme der Passiva speziell bekannt zu geben sein soll.

[10]) Zusammengestellt und behandelt von Dr. Mommsen in Busch, Arch. Bd. XXXII, S. 201 ff.

[11]) Dieselben finden sich in der Sammlung: Bd. I, Nr. 18; Bd. II, Nr. 8, 33, 36, 40; Bd. III, Nr. 38, 70, 75; Bd. IV, Nr. 2, 41; Bd. VII, Nr. 108; Bd. VIII, Nr. 9, 93; Bd. XI, Nr. 150; Bd. XII, Nr. 55, 73; Bd. XV, Nr. 28; Bd. XVI, Nr. 66; Bd. XXI, Nr. 73. Mehrfach hat das R.O.H.G. ausgesprochen, dass die Firmenübernahme noch keine Uebernahme der Firmenschulden involvire, für sich allein den Erwerber noch nicht legitimire, die Gläubiger nicht verbinde, vielmehr zunächst nur die Kontrahenten obligire. S. dazu Mommsen, in Busch's Arch. Bd. 32, S. 201. Nach Bd. XII, Nr. 55, u. Bd. XV, Nr. 28 bedarf es, wenn nicht öffentl. Bekanntmachung, und zwar nicht blos des Geschäftsübergangs (s. Bd. XVI, Nr. 66), sondern der Uebernahme der Passiva erfolgt ist, der Zustimmung der Gläubiger. Bei gehöriger Bekanntmachung ist solche nicht nöthig und der Uebergang erstreckt sich dann auf alle bekannten und unbekannten Gläubiger des Geschäfts; aber nicht auf die Privatgläubiger des seitherigen Inhabers (Bd. 8, S. 61). S. weiter die Nachweise bei Keyssner zu Art. 23, Nr. 5.

[12]) Vgl. die ausführlichen Erkenntnisse vom 18. Juli 1865 (Busch, Arch. Bd. VII, S. 195) vom 1. November 1866 (Busch, Arch. Bd. XII. S. 229) dann vom 24. Juni 1869 u. 4. November 1869 (Busch, Arch. Bd. XX, S. 50 u. 52).

richtshöfe [13]) schwanken gleichfalls. [14]) Die Zukunft gehört indessen sicherlich der kaufmännischen in Obigem vertretenen Anschauung.

C. Das Firmenrecht.

§ 44.

1. Die Bedeutung der Firma.

Es treten im Rechtsleben die Menschen nicht als solche nach ihrer physischen Individualität, sondern sie treten als „Personen" auf. Die Persönlichkeit, die subjektive Möglichkeit eines rechtlichen Willens, einer rechtlichen Macht ist es — nicht eine oder die andere Aeusserung des körperlichen Daseins, — auf welcher die Existenz von Rechten und Verbindlichkeiten beruht. Der physische Mensch und die rechtliche Person desselben sind demnach von einander zu unterscheiden. Die Persönlichkeit ist als eine besondere Funktion der Individualität aufzufassen und zu behandeln.

Im gewöhnlichen Rechtsverkehre allerdings tritt diese Scheidung nicht überall sofort äusserlich sichtbar hervor; im kaufmännischen Leben dagegen hebt sich die Funktion des „Eintretens in rechtliche Beziehungen", welche hier identisch wird mit der Funktion des „Handel-Treibens" mit aller Schärfe ab vom sonstigen physischen Leben. Der Kaufmann hat als Kaufmann seinen eigenen Namen, der ein anderer sein kann als derjenige, welchen der Kaufmann als Mensch zu führen hat. Dieser Name nun, [1]) unter welchem der Kaufmann im Handel seine Geschäfte betreibt und seine Unterschrift abgibt, heisst die **Firma.** [2]) Die Firma [3]) kann demzufolge allerdings als der Name des kaufmännischen Geschäftes bezeichnet werden, aber nur indem sie der Name des

---

[13]) Das frühere Bayerische Handelsappellgericht zu Nürnberg hatte sich der Ansicht zugeneigt: Geschäftsübergang mit Firma überträgt Aktiva u. Passiva, ohne Firma nicht (Vgl. die Erkenntnisse in Busch, Arch. Bd. XXVI, S. 256 u. in der Sammlung v. 1862. Bd. I, S. 80) und dieser Ansicht schloss sich das Berliner Obertribunal in dem schön motivirten Erkenntnisse vom 15. November 1870 (Busch, Arch. Bd. XXIII, S. 222 ff.) an.

[14]) Ein Erkenntniss speziell über die Frage, ob ein von dem Veräusserer des Geschäftes mit der Firma gezeichnetes Accept den neuen Inhaber der Firma binde, welches diese Frage (aber gewiss gegen alle kaufmännische Usance) verneint bei Busch, Arch. Bd. XXIII, S. 224. Zugestimmt aber muss dem Erkenntnisse des Badischen Oberhofgerichtes (Busch, Arch. Bd. XIX, S. 41) werden, dass der Anspruch des ausgetretenen Theilhabers keine Geschäftsschuld ist und auf den späteren Erwerber der Firma nicht übergeht. Vgl. auch das Erk. des App.Ger. zu Eisenach in Busch, Arch. Bd. XIX, S. 256.

[1]) Der Art. 15 des A. d. H.G.B. stellt die Definition um.

[2]) „Firma" hiess ursprünglich der Gewährbrief, die schriftliche Urkunde bei Verträgen.

[3]) Italienisch: Ditta, von dicere. Ursprünglich „Chance" im Spiele; Tasso, Rime P. I heisst es: Quando il gincatore è stato favorito dal primo favore, aspetta ragionevolmente il secondo, e dopo il primo danno a gran ragione del secondo suol dubitare. Questo è quello che „ditta" o „disditta" si dice. Französisch: Raison, nicht von „Vernunft", sondern von ratio als „Geschäftsantheil"; le livre de raison (liber rationum) = das Hauptbuch.

Inhabers in seiner Stellung als Prinzipal des Geschäftes ist. Denn das Geschäft als solches in seiner äusseren Erscheinung, als Etablissement kann dabei einen besonderen „Geschäftsnamen“ führen.[4])

Ursprünglich entstand wohl die Firma aus dieser Etablissementsbezeichnung, welche ehedem (wie die Hausmarken überhaupt) am Geschäftsgebäude haftete. Solcher Zeichen bedienten sich die Kaufleute, wie Adelige und Andere des Wappens.[5]) Mit diesem seinem merkantilischen Zeichen beurkundete derselbe seine Rechtsakte und sein Eigenthum, besonders an der Waare.[6]) Zur eigentlichen und durchgreifenden Bedeutung aber entwickelte sich der Gebrauch des Zeichens bei der Vereinigung Mehrerer zum gemeinsamen Handelsbetriebe. Der Satz des Römischen Rechts, dass der societas als solcher keine gesonderte Existenz zuzulegen sei, sondern immer nur die Einzelpersonen der socii in Frage zu kommen haben, entspricht nicht der Idee des modernen Verkehrs. Diese ist stets davon ausgegangen, dass[7]) „bei einem Zusammenarbeiten von Einzelnen, wenn es gedeihlich werden soll, neben dem Einzelinteresse ein Gesammtinteresse, neben den Sonderzwecken ein Gesammtzweck bestehen müsse und dass durch ein solches Zusammenarbeiten von selbst eine über den Einzelnen stehende Gemeinsamkeit des Handelns sich erzeuge“.

Die Idee dieser Gemeinsamkeit drückte sich im Gebrauche der kaufmännischen Zeichen dadurch aus, dass die Gesellschaft sich eines aus den Zeichen der einzelnen Gesellschafter zusammengefügten Gesammtzeichens bediente, welches dann als: signum corporis totius societatis erachtet wurde. Und so sehr war Firma und Gesellschaft mit einander verwachsen, dass man annahm, nur Gesellschaften könnten eine Firma haben; ein Satz, welcher sich später dahin entwickelte: als ob Gesellschaften immer eine Firma haben müssten, während der Einzelkaufmann entweder unter seinem eigenen Namen oder unter einer Firma den Handel betreiben könne.[8]) Als Folge hievon galt es dann, dass für eine „Firma“ nur eine vom gewöhnlichen bürgerlichen Namen verschiedene Bezeichnung geachtet wurde.[9])

---

[4]) Adolph Arnstein betreibt unter der Firma Benno Bönfeld das Droguerie-Geschäft: „Zum schönen Türken“.

[5]) Vgl. die interessante historische Darstellung von Dietzel in den Jahrbüchern des gemeinen Rechts Bd. IV, S. 227 ff.

[6]) S. Dietzel a. a. O. S. 246; auch unten S. 209.

[7]) S. Völderndorff's Kommentar Bd. I, S. 136.

[8]) Vgl. Brinkmann Handelsrecht S. 54. — Aber nach der Ansicht des R.O.H.G. Bd. 2, S. 50; Bd. 10, S. 411 soll die Firma immer nur Name des Kaufmanns im Betriebe des Geschäfts nicht aber Sachname des Geschäfts sein.

[9]) Indessen genügte jede Verschiedenheit: Anton August Adamer war als der bürgerliche Name des Kaufmanns keine Firma; wohl aber galt als eine solche A. A. Adamer oder August Adamer (ohne Anton) u. s. w.

§ 45.

2. Die Pflicht der Firmenführung nach dem H.G.B.

Auf dem gerade entgegengesetzten Standpunkte steht das A. d. H.G.B. Dasselbe stellt die Pflicht eine Firma zu führen [1]) für Jeden auf, welcher Handel treibt, sei dies ein Einzelkaufmann, oder sei es eine Mehrheit von Personen, welche sich zum gemeinsamen Handelsbetriebe verbunden haben. Wer mehrere Geschäfte treibt, so dass er für jedes derselben als ein selbständiger Inhaber erscheint,[2]) muss auch für jedes derselben eine eigene Firma führen.

Was nun die Wahl der Firma betrifft, so müsste es eigentlich freigestellt sein, unter welcher Bezeichnung der Kaufmann sein Geschäft betreiben wolle. In gewisser Hinsicht ist dies auch der Fall; das Geschäft als solches kann er nennen, wie es ihm beliebt.[3]) Da aber die Firma, wie oben bemerkt, nicht so fast dem **Geschäfte,** sondern dem **Inhaber** des Geschäftes zukommt, sohin Name einer **Person** und nicht einer **Sache** ist,[4]) so schliesst das Handelsgesetzbuch die **Sachfirma** aus, das heisst dasselbe verbietet, die Geschäfte unter einer Benennung zu treiben, welche nicht den Geschäftsinhaber, sondern einen mit der Persönlichkeit des Geschäftsinhabers nicht in Bezug stehenden beliebigen todten Gegenstand bezeichnet.[5]) Als erstes Prinzip also gilt nach jetzigem deutschen Handelsrecht: **Jede Firma muss Personenfirma sein.** Hieraus erklären sich gleichmässig die Bestimmungen, dass der Name der Person oder der Personen in der Firma erscheinen muss, wenn der Geschäftsinhaber eine Person oder eine Mehrheit von Personen ist, wie dass ein solcher Personennamen nicht in der Firma erscheinen kann, wenn wie bei der Aktiengesellschaft, nicht die Personen (die Aktionäre), sondern der Zweck, das Unternehmen als handelnd im Verkehre auftreten.[6])

---

[1]) Allerdings enthält das Handelsgesetzbuch diesen Satz nicht als solchen; allein wenn Art. 19 sagt: „Jeder Kaufmann ist verpflichtet, seine Firma anzumelden", so ist darin stillschweigend enthalten, dass jeder Kaufmann eine Firma haben muss. Das setzt auch Art. 15 voraus. Vgl. über das Folgende auch Thöl § 58.

[2]) Nicht also, wenn es sich um ein Geschäft mit Nebenetablissements handelt; vgl. hierüber § 41 im Gegensatze zu einer Zweigniederlassung im eigentlichen Sinne. Vgl. über die Zulässigkeit der Führung mehrerer Firmen die Abhandlung von Dr. Zimmermann in Busch, Arch. Bd. XXXI, S. 209 zu Note 2. Auch für dasselbe Geschäft s. Z. f. H.R. Bd. 21, S. 414; für örtlich getrennte Zweigniederlassungen s. R.O.H.G. Bd. 19, S. 36.

[3]) Neben der Wahl der Firma vgl. auch Spiller in Busch's Arch. Bd. 34, S. 166.

[4]) Sachfirma, die ja auch nom d'établissement genannt wird und Etablissementszeichen gehen ineinander über, vgl. Goldschmidt in der Heidelberger Zeitschrift Bd. IV, S. 122.

[5]) Die von einigen Rechtslehrern, z. B. von Hase Bd. I, S. 82 im Anschlusse an einen Aufsatz von Goldschmidt in der Heidelberger kritischen Zeitschrift Bd. IV. S. 122, noch als dritte Kategorie genannte „gemischte Firma" kommt im Handelsgesetzbuche nicht vor.

[6]) Praktisch ist es ohne Nachtheil, wenn man die Firma, welche den Namen des Unternehmers enthält, Sachfirma nennt, wie z. B. Endemann a. a. O. S. 79 für

Als fernerer Grundsatz wird vom Handelsgesetzbuche aufgestellt die Regel, dass die Firma nicht willkürlich gewählt werden darf, sondern den Inhaber des Geschäftes auch wirklich bezeichnen soll. Man heisst dies das Prinzip der **„Wahrheit der Firma“**. Dieses Prinzip ist aber mit Rücksicht auf den Verkehr nicht vollständig durchführbar.[7]) Deshalb erkennt das Handelsgesetzbuch ein Recht an, die Firma bei dem Geschäfte zu belassen; sobald das Geschäft in andere Hände übergeht, kann mit ihm auch seine bisherige Bezeichnung übergehen.[8]) Die **ursprüngliche** Firma muss immer wahr sein, die **übergegangene** Firma ist immer unwahr.[9])

Als **Folgesätze** aus den beiden oben erörterten Prinzipien ergeben sich:

I. **Der Einzelkaufmann** darf als ursprüngliche Firma nur seinen bürgerlichen Namen wählen. (Art. 16 des A. d. H.G.B.)

A. Als Einzelkaufmann erscheint eine Person, auch wenn ihr ein stiller Gesellschafter zur Seite steht; denn die stille Gesellschaft ist dem Publikum gegenüber keine Gesellschaft; diesem tritt der Gesellschafter nicht entgegen, sondern nur der Geschäftsinhaber.

B. „Bürgerlicher Namen“ ist derjenige Namen, welcher einer Person nach den bürgerlichen Gesetzen zukommt.[10]) Nur der wahre bürgerliche Name kann als Firma bei seiner Annahme gewählt werden.[11]) Nothwendig ist nur der

---

die Aktiengesellschaft thut; theoretisch aber scheint es mir richtiger, sich auf dem im Texte vertretenen Standpunkte zu halten.

[7]) Gerade die Firma als solche, das Renommée des Namens, die diesem zugewöhnte Kundschaft macht ein Geschäft werthvoll.

[8]) „Kann“ nicht „muss“; es hängt einerseits vom Erwerber ab, ob er seinen eigenen Namen, ob er die bisherige Firma allein, oder ob er diese mit einem das Nachfolgeverhältniss bezeichnenden Zusatz führen will; andererseits aber steht es im Ermessen des bisherigen Inhabers, ob er den Uebergang der Firma gestatten will. (Art. 22 des A. d. H.G.B.). Es gilt demnach nicht das Prinzip: Mit dem Geschäft geht kraft des Gesetzes die Firma über.

[9]) Aber nicht jede Firma bei einem übergegangenen Geschäfte, wie aus voriger Note hervorgeht. Sollte der Erwerber zufällig denselben Namen führen, wie der frühere Besitzer, so sieht man allerdings äusserlich nicht, ob die Firma als übergegangene oder als ursprüngliche geführt wird.

[10]) Hiernach entscheidet sich, welche Firma der Adoptirte, Arrogirte u. s. w. zu wählen hat. Bewirkt der betreffende Rechtsakt nach dem massgebenden Civilrechte den Uebergang des Namens auf den Adoptirten, Arrogirten u. s. w., so kann er denselben als Firma wählen, andernfalls nicht. Ebenso entscheiden die Landesgesetze über die Frage, unter welchen Voraussetzungen Jemand seinen Familiennamen ändern darf. Ist er rite geändert, so muss dieser gewählt werden, wenn Jemand später ein Geschäft eröffnet. Ob auch die Aenderung auf eine bestehende Firma zurückwirkt? In einem Erk. vom 18. Mai 1872 hat das H.Apell. zu München (vgl. Sammlung von 1873 Bd. I, S. 391) ausgesprochen: es sei in dem Handelsgesetzbuche keine Bestimmung enthalten, wonach der Kaufmann bei einer eintretenden Aenderung seines Familiennamens seine Firma ebenfalls ändern müsse.

[11]) Darin besteht die Firmenwahrheit, die durch simulirte Verträge nicht verletzt werden darf. R.O.H.G. Bd. 4, S. 235; Bd. 6, S. 246.

„Familienname“,[12]) die Beifügung des Vornamens ist nicht geboten, aber gestattet,[13]) wird er beigefügt, so geht er nothwendig dem Familiennamen voran.[14]) Als Vorname scheint der nach § 22 des Reichsgesetzes vom 6. Februar 1875 über die Beurkundung des Familienstandes beurkundet.[15])

C. Jeder Zusatz, welcher ein Gesellschaftsverhältniss andeutet, ist verboten; andere Zusätze sind gestattet. (Art. 16 Abs. 2.) Verboten also ist jede Bezeichnung, welche es zweifelhaft macht, ob nur eine oder ob mehrere Personen das Geschäft betreiben.[16]) Auch andere Zusätze sind nicht unbedingt gestattet, sondern nur solche, welche zur näheren Bezeichnung der Person oder des Geschäftes dienen,[17]) und welche zugleich in der Unterschrift jederzeit mitvorkommen,[18]) selbstverständlich, sofern dadurch die sonstigen Vorschriften über den Gebrauch der Firma nicht übertreten werden.[19])

D. **Die Handelsfrau** als Einzelkaufmann führt, wenn sie verheirathet ist, als Familiennamen nicht ihren Mädchennamen,[20]) sondern den Namen ihres Mannes. Wenn sie geschieden wird, hängt die Entscheidung der Frage, welche Firma sie wählen muss, davon ab, welchen Namen das Urtheil ihr zuspricht, wobei indessen fraglich bleibt (vgl. Note 10), ob sie die bereits erworbene Firma wieder verliert, wenn ihr der bisherige Name abgesprochen wird. Die

---

[12]) Auch ein adeliger Name muss geführt werden. Wenn in einzelnen Rechten (z. B. Bayern, Edikt über den Adel vom 26. Mai 1818, § 21) die Ausübung eines offenen Geschäftes den Adel suspendirt, bleibt nur der Titel weg.

[13]) Er kann vollständig oder abgekürzt beigefügt werden: Adalbert Anton Agmüller oder A. Anton Agmüller oder A. A. Agmüller. Diminutiva (Mina, Fritz) sind zulässig, wohl auch blosse Schmeichelnamen (Lulu, Polly).

[14]) Also nicht Agmüller Anton, vgl. das Gutachten der Prager Handelskammer im Centralorgan Bd. II, S. 30.

[15]) Ich halte es für unzulässig, diesen zu surogiren, sei es, dass ein „Moses“ sich „Moritz“ nennen will (vgl. Völderndorff's Kommentar Bd. I, S. 148, Note 9), sei es, dass sich der „Johann“ als „Jean“ oder „John“ aufspielt. Vgl. indessen Note 19.

[16]) Dahin gehört jede Mehrheit von Namen (auch wenn sie den Familiennamen bildet, z. B. Völderndorff und Waradein?), und jeder Beisatz, der auf eine Mehrheit von Personen deutet, z. B. Gebrüder, Söhne (auch Nachfolger), wenn nicht durch den wirklichen Namen die Undeutlichkeit gehoben ist; also erschiene z. B. die Benennung „Benno Börtenber's Nachfolger“ als unzulässig, weil man so nicht weiss, wie viele Nachfolger als Inhaber vorhanden sind, wohl aber wäre zulässig: „Anton Agmüller, Benno Bärmüller's Nachfolger.“

[17]) Die einzelne Handelsbranche zur Firma zu ziehen oder in derselben Angaben über den Betrieb zu machen ist unpassend (vgl. die Verordnung des Sächsischen Ministerium vom 8. April 1863 in Bd. XXX, S. 105 in Busch, Arch. Bd. V. S. 354); desgleichen darf der Etablissementsname in der Firma nicht vorkommen (vgl. Busch, Arch. Bd. I, S. 394) und noch weniger Epitheta wie „gut und billig“ u. dgl. (vgl. Busch Arch. Bd. I, S. 394).

[18]) Dies folgt aus der Fassung des Art. 15 des A. d. H.G.B., vgl. das Erk. des Berliner Handelsgerichtes vom 11. September 1863 in Busch, Arch. Bd. II, S. 47.

[19]) Also darf nicht der Name eines Dritten beigesetzt werden, wenn nicht der Fall des § 22 vorliegt.

[20]) Es wäre denn gesetzlich (wie z. B. nach altem Sonthofener Recht), dass sie diesen bei der Verheirathung beibehält.

Wittwe muss den Namen so wählen, dass die Firma als ursprüngliche kenntlich bleibt.[21])

E. Nachdem die Gerichtssprache deutsch ist, die Firma aber der Eintragung bei Gericht bedarf, so ergibt sich, dass sowohl die Firma selbst als die etwaigen Zusätze deutsch sein müssen. Dagegen wird Nichts im Wege stehen, wenn in der Korrespondenz mit fremden Sprachen auch die Firma in der Uebersetzung gezeichnet wird.[22]) Auch fremde Schriftzeichen sind (in analoger Anwendung des Art. 32 des A. d. H.G.B.) verboten.

II. Die **offenen Gesellschafter** müssen alle ihre Namen oder wenigstens einen Namen mit der Angabe, dass noch andere Namen der Inhaber vorhanden sind, als Firma führen (Art. 17 Abs. 1 des A. d. H.G.B.).

A. Die naturgemässeste Gesellschaftsfirma ist es, wenn **sämmtliche Namen der offenen Gesellschafter** in derselben enthalten sind.[23]) Dies pflegt aber in der Praxis nur bei zwei Gesellschaftern vorzukommen; bei mehreren ist es gebräuchlich den Zusatz: et Compagnie[24]) zu geben.

B. **Alle Namen** der Gesellschafter zu nennen und noch den Beisatz „et Compagnie“ zu geben, ist ebenso ungesetzlich, wie von mehreren Gesellschaftern nur einige zu erwähnen.[25])

C. Als **Zusätze**, welche ein Gesellschaftsverhältniss bezeichnen, sind die Worte: „Gebrüder“, „Söhne“, „Erben“ u. dgl. zu erachten. Auch für diese gilt, was soeben bemerkt. Die Brüder Anton und Balduin Agmüller können nicht firmiren: „Gebrüder Agmüller et Cpie.“ Die Söhne Anton Agmüllers, Adolph, Balduin und Cuno, welche mit Doris Domayer in offener Gesellschaft stehen, dürfen nicht die Firma[26]) führen: „Anton Agmüller's Söhne“.[27])

D. In Art. 17 ist zwar die Schlussbestimmung des Art. 16 Abs. 2, dass „Zusätze zur näheren Bezeichnung der Person oder des Geschäftes zulässig“ seien, nicht wiederholt. Indessen wird die analoge Anwendung gestattet und

---

[21]) Sie kann also firmiren: Wittwe Anna Mayer, aber (den Fall des Art. 22 vorbehalten) nicht die Firma wählen: Andreas Mayer's selige Wittwe.

[22]) In diesem Falle dann darf sich der Johann „Jean“ oder „John“ zeichnen. Vgl. Note 12. Man braucht also einen französischen Brief nicht su unterzeichnen: Johannes Zeltner, Bierbrauerei, sondern man kann unterschreiben „Jean Zeltner, Brasserie“.

[23]) Grundherr und Hertel, Königsberger und Löwy. — Die Firmenwahrheit besteht darin, dass nur der Name der offenen Gesellschafter, der wahre, bürgerliche, aufgenommen werden darf; Puchelt, Kommentar zu I, S. 48.

[24]) Oder „et Cpie.“, et Comp.“, „et Co.“.

[25]) Wenn demnach Anton Agmüller, Benno Beghuber, Cuno Cudorfer und Doris Domayer ein Geschäft in offener Gesellschaft betreiben, kann die Firma nicht lauten: „Agmüller und Beghuber“, aber auch nicht: „Agmüller, Beghuber, Cudorfer, Domayer et Cpie.“.

[26]) Den Fall des Art. 22 immer vorbehalten.

[27]) Auch nicht Adolph Agmüller und Söhne, obwohl dem Wortlaute nach hierdurch die Vorschrift des Art. 17 erfüllt wäre, vgl. Völderndorff's Kommentar, Bd. I, S. 153. Ueber den Fall, wo mehrere Gesellschafter gleichen Familiennamen führen, vgl. das Erk. des Danziger Kommerz- und Admiralitäts-Kollegs in Busch, Arch. Bd. I, S. 391.

z. B. die Firma: „Agmüller et Cpie., Münchner Papierfabrik“ nicht zu beanstanden sein.[28])

E. Tritt zur offenen Gesellschaft ein stiller Gesellschafter, so darf dieser in der Firma ebensowenig erwähnt werden, wie beim Einzelkaufmann.

III. Die Firma **einer Kommanditgesellschaft** muss den Namen wenigstens eines persönlich haftenden Gesellschafters mit einem die Kommanditeigenschaft des Geschäftes bezeichnenden Zusatz enthalten (Art. 17 Abs. 2).

A. Für die Wahl der Firma einer Kommanditgesellschaft gilt im Allgemeinen dasselbe, wie unter II erörtert, nur ist die Benennung der Namen auf die persönlich haftenden Gesellschafter beschränkt. Die Bezeichnung des Gesellschaftsverhältnisses als eine Kommanditgesellschaft ist nicht geboten,[29]) aber erlaubt.

B. Besonders verboten wird es im Gesetze (Art. 17 Abs. 3) die Kommanditgesellschaft als Aktiengesellschaft zu bezeichnen, auch wenn das Kapital der Kommanditisten in Aktien zerlegt ist.[30]) Die Bezeichnung als „Kommanditgesellschaft auf Aktien“ wäre zulässig.[31])

C. Die Folgen der Aufnahme eines Namens in der Firma sind verschieden; Kommanditisten, welche genannt sind, haften als offene Gesellschafter (Art. 168 und 257 des A. d. H.G.B.), bei anderen Namen tritt lediglich die gewöhnliche Abhülfe ein.[32])

IV. **Aktiengesellschaften** betreiben das Geschäft unter dem Namen des Unternehmens (Art. 18 des H.G.B.). Das Handelsgesetzbuch gibt für die Wahl der Firma einer Aktiengesellschaft eine absolute und eine fakultative Vorschrift. Unzulässig ist die Aufnahme des Namens der Aktionäre oder anderer Personen in die Firma, als Regel (aber nicht als unumstössliche) wird die Bezeichnung des Unternehmens der Gesellschaft in der Firma erklärt.

---

[28]) Vgl. auch Busch, Arch. Bd. III, S. 72. Der Zusatz „Herr“ bei der Gesellschaftsfirma ist an sich nicht zulässig. Der Beisatz im praktischen Leben aber kommt vor, vgl. das interessante Erk. des Münchener Handelsgerichtes in Busch, Bd. XXXVI, S. 328.

[29]) Hierdurch entsteht allerdings eine Unklarheit; wenn Anton Agmüller persönlicher Gesellschafter, Benno Beghuber aber Kommanditist ist, so lässt die Firma „Agmüller et Cpie.“ nicht ersehen, ob diese Kompagnie eine offene, oder eine Kommandit-Gesellschaft ist. Die Firma „Mayer et Kommandite“ in Busch, Arch. XXX, S. 105.

[30]) Als Motiv ist seinerzeit angeführt worden (Motive zum Preussischen Entwurfe eines H.G.B. S. 17), dass wegen der bei Aktiengesellschaften bestehenden Staatsaufsicht die Bezeichnung zur Täuschung des Publikums führen könnte. Dieses Motiv ist nun zwar in Folge der Novelle von 1870 nicht mehr zutreffend, indessen der Satz: cessante legis ratione lex cessat ipsa wird nicht genügen, die formell stehen gebliebene Vorschrift des Art. 1, Abs. 3 zu beseitigen.

[31]) Beispiele in Völderndorff's Kommentar, Bd. I, S. 155.

[32]) Dass nur die Beifügung von Namen in der Form, welche auf eine Betheiligung der Personen am Geschäft schliessen lässt, hier gemeint, erscheint selbstverständlich. Vgl. unten Note 34.

A. Aktionäre dürfen als solche niemals in der Firma figuriren;[33]) andere Personennamen dann, wenn damit eine Täuschung des Publikums nicht verbunden ist.[34]) Bestritten ist, ob ein Personenname auch dann nicht in der Firma der Aktiengesellschaft erscheinen darf, wenn er nur in dem Zusatze vorkommt,[35]) insbesondere wenn er ein Nachfolgeverhältniss andeutet. Mit Rücksicht auf den Umstand, dass die Zulässigkeit eines Zusatzes nur bei Art. 16 des A. d. H.G.B. erwähnt ist und im Hinblicke auf die Motive, welche zu der Festsetzung in Art. 18 Abs. 2 geführt haben,[36]) dürfte die strengere Ansicht, welche auch in dieser Form jeden Personennamen in der Firma einer Aktiengesellschaft verboten erachtet, die richtigere sein.[37])

B. Das Unternehmen kann entweder allein oder mit Beisätzen in der Firma der Aktiengesellschaft vorkommen. Ersteres wird nicht leicht vorkommen, da diese Bezeichnung nicht deutlich genug erscheinen wird. Gewöhnlich wird irgend eine Staats- oder Ortsbezeichnung hinzugefügt.[38]) Ob die Eigenschaft des Geschäftes als Gesellschaft oder als Aktiengesellschaft in der Firma ausgedrückt werden will, steht frei.[39]) Es ist nicht untersagt,[40]) sich solcher Beisätze zu bedienen, welche auf ein öffentliches Institut gedeutet werden könnten, sofern dieser Beisatz überhaupt der betreffenden Gesellschaft gebührt.

§ 46.

3. Das Recht an der Firma.

Das A. d. H.G.B. erkennt **ein Recht auf die Firma** an.[1]) Und zwar zeigt sich dieses in zweifacher Richtung:

I. Das Bestehen der Firma gilt als Grund, dass der Inhaber jeden Anderen

---

[33]) Wäre eine Aktiengesellschaft in offener Gesellschaft mit einem Aktionäre, dann dürfte der Name des Letzteren wohl in der Firma vorkommen, weil er darin eben nicht als der des Aktionärs, sondern als der des persönlich haftenden Gesellschafters erscheint.

[34]) Wenn hinter den Personen keine persönlich haftende physische Persönlichkeit vermuthet werden kann, z. B. Götternamen oder Namen in deutlicher Verbindung: Prinz-Leopold-Aktiengesellschaft, Schaafhausen'scher Bankverein u. s. w.

[35]) Z. B. Magdeburger Omnibus-Aktien-Gesellschaft (vormals Albert Faber) oder Böhmisches Brauhaus (A. Knoblauch).

[36]) Prot. S. 37.

[37]) Vgl. den Beschluss des Magdeburger Apellgerichtes in Busch, Arch. Bd. XXVII, S. 441 ff.

[38]) Bayerische Hypotheken- und Wechselbank, Hallische Zuckersiederei-Kompagnie, Getreidekunstmühle in Rosenheim, Kreditverein für Handwerker in Magdeburg, Ritterschaftliche Privatbank in Pommern.

[39]) Ein Antrag, die Bezeichnung als „Aktiengesellschaft" (wie in England „limited") obligatorisch zu machen, wurde abgelehnt, vgl. Prot. S. 37. S. auch Keyssner, Aktienges. S. 36. Ein Zusatz „vormals N. N." bei Erwerb eines Geschäftes durch die zu gründende Aktiengesellschaft ist zulässig; vgl. Gruchot, Beitr. Bd. 17, S. 72.

[40]) Früher war dies in Oesterreich und Hamburg nicht freigegeben. Vgl. Völderndorff's Kommentar Bd. I, S. 157, Note 7.

[1]) Untersuchungen über das Wesen des Firmenrechtes s. bei Gareis, Busch's Arch. Bd. 35, S. 185.

an dem Gebrauche derselben verhindern kann. Das **Bestehen** einer Firma verhindert das 1) **Entstehen** einer neuen gleichen Firma und weil die Firma nur besteht für einen bestimmten **Inhaber**, so darf auch nur 2) **dieser** Inhaber sich ihrer bedienen.

Ad 1). Die im Handelsregister eingetragene Firma [2]) wird zunächst dadurch geschützt, dass das Gericht den Eintrag einer gleichlautenden jedem Anderen versagt. Dies erhellt aus Art. 20 Abs. 1, wobei folgendes zu bemerken kommt:

A. Den Satz, dass neben einer Firma eine gleiche neue nicht entstehen kann, **stellt Art. 20 des A. d. H.G.B. mit dem erklärenden Zusatze auf,** dass sich die Firmen von einander nicht nur unterscheiden, sondern **deutlich** unterscheiden müssen. Indessen darf hiedurch das Grundprinzip der Wahrheit der Firma nicht alterirt werden. Bei den Aktiengesellschaften ist die gleichzeitige Durchführung beider Vorschriften leicht; es muss eben eine andere als die bisher schon vorhandenen Firmen aus dem Unternehmen oder sonst wie geschöpft werden. Bei der Gesellschaftsfirma wird gleichfalls selbst bei gleichen Namen aller Gesellschaften in der Regel unschwer eine neue Kombination derselben, die sich von der bisherigen Gesellschaftsfirma unterscheidet, zu finden sein. Anders aber liegt die Sache bei der Einzelfirma; denn es würden an sich der Art. 16 und der Art. 20 jedesmal in Kollision kommen, wenn zwei Kaufleute gleichen Vor- und Familiennamen führen. Man muss also hier einen Ausweg suchen und dieser lässt sich auf doppelte Art erzielen. Da Art. 16 die Firmirung nur mit dem Familiennamen **gebietet**, den Vornamen aber fakultativ erklärt, so kann durch die von der bisherigen Firma sich unterscheidende Kombinirung beider Namen geholfen werden. Führt aber der bisherige Kaufmann den vollen Namen als Firma und will der neue Kaufmann, was ihm nicht verwehrt werden kann, dieses gleichfalls thun, so verordnet das Handelsgesetzbuch (Art. 20 Abs. 2) dem letzteren die Beifügung eines Zusatzes, welcher eine „deutliche Unterscheidung" bewirkt.

Was als „deutliche Unterscheidung" anzusehen sei, ist nach den Umständen des konkreten Falles zu entscheiden. Man muss hiebei auf die Absicht des Gesetzes zurückgehen, welches dahin gerichtet ist, das Publikum vor Täuschungen, den Kaufmann vor unsauberer Konkurrenz zu schützen. Hiezu kann unter Umständen schon eine Abkürzung des Vornamens genügen,[3]) unter Umständen

---

[2]) In der eingetragenen Form, s. Entsch. des R.O.H.G. Bd. 4, S. 236. Vorausgesetzt redlichen Erwerb des Eintrags; erschlichene oder unrechte, auf vorgeschobene Namen lautende Firmen werden in dieser Weise nicht geschützt; Entsch. des R.O.H.G. Bd. 6, S. 146; Bd. 10, S. 292.

[3]) Aber eine Abkürzung, die auch im gewöhnlichen Leben anerkannt wird; die Firma C. F. Meyer liest man so, wie sie geschrieben steht; Friedr. Meyer aber wird Jedermann Friedrich Meyer aussprechen, sie unterscheidet sich demnach nicht „deutlich" vom vollen Namen. Noch weniger, wenn zwar die Schreibweise des Namens verschieden, die Aussprache aber gleich ist, z. B. Behrendt und Bärent (Erk. des Königsberger Kommerz- und Admiralitäts-Kollegiums bei Busch, Arch. Bd. XXX, S. 87). Dasselbe muss Platz greifen, wenn die Namen zwar verschieden gesprochen, aber gleich geschrieben werden; der aus England stammende Miles und der deutsche Meils unterscheiden sich sicherlich nicht deutlich. Vgl. Hahn, Kommentar Bd. I, S. 95.

aber nicht einmal ein erheblicher Zusatz. Zwei gleiche Geschäfte müssen deutlicher sich von einander in der Firma abheben, als ungleichartige. Die Eisenhandlung Friedrich David Meyer wird Niemand mit der Hopfenhandlung F. D. Meyer verwechseln; auf der Champagnerflasche ist die Firma „Veuve Cliquot Ponsardin" gegenüber der Firma „Franz Cliquot et Comp." als nicht genügend unterschieden erklärt.[4]) Desgleichen können unter Umständen bei einer Gesellschaft Abkürzungen der Namen ein Unterscheidungsmerkmal abgeben und Aehnliches, nicht wohl aber Veränderungen in dem Beisatze et Compagnie, noch weniger blosse Umstellungen.[5])

Als Zusätze, wie sie das Gesetz erfordert, können manchmal die Bezeichnungen „Sohn", „junior" und dergleichen vollkommen ausreichen,[6]) während hinwiederum ein solcher kleiner Unterschied der Firma als mitunter illusorisch erscheinen kann. Das vernünftige Ermessen des Handelsrichters muss daher Mass geben und im Zweifel lieber Mehr als Weniger verlangen. Im Grossen und Ganzen ist jetzt in Folge des Gesetzes über den Markenschutz (vgl. unten § 48) die Lehre von der Nothwendigkeit der Unterscheidung der Firmen in ihrer Funktion als kaufmännische Unterschrift gegenüber ihrer Bedeutung als Waarenbezeichnung zurückgetreten.

B. **Das Bestehen zweier gleichlautender Firmen** ist natürlich nicht allgemein, für die ganze Welt oder auch nur für ganz Deutschland zu verhindern, der eintragende Handelsrichter kann nicht Kenntniss von allen irgendwo bestehenden Firmen besitzen und anderseits kann aus der Gleichartigkeit des Namens zweier weit auseinander liegender Handelsniederlassungen auch kein erheblicher Nachtheil erfolgen. Indessen lässt sich zweifeln, in welchem Umfange das Verbot zu handhaben sei. Am Richtigsten wäre wohl, wenn das Geltungsgebiet eines bestimmten Handelsregisters als massgebend erklärt würde, so dass in keinem Handelsregister zwei gleichlautende Firmen vorkommen und eingetragen werden könnten.[7]) Allein das A. d. H.G.B. steht nicht auf diesem Standpunkte, sondern anerkennt die Ausschliesslichkeit einer gleichlautenden Firma nur innerhalb eines bestimmten geographischen Bezirks, und zwar ist als solcher **der Ort** oder **die Gemeinde** bezeichnet. Unter dem Ausdrucke „Ort" versteht man einen bestimmten mit Häusern bebauten Flächenraum, unter Gemeinde die politische Zusammengehörigkeit unter einer kommunalen Verwaltung.[8]) Es kann also eine Gemeinde mehrere Orte umfassen und es kann ein Ort in verschiedene Gemein-

---

[4]) In dem berühmten Erk. des Pariser Appellgerichtes vom 6. März 1851, eine Entscheidung, gegen welche freilich sich manches sagen lässt. Vgl. Brinkmann, Handelsrecht S. 56, Note 12.

[5]) Ob Friedrich Müller mit: et Compagnie, et Cpie. oder et Co. firmirt, wird von dem Publikum kaum beachtet; daran wird es also den Konkurrenten nicht erkennen.

[6]) Z. B. Gebrüder Baumann und Baumann Gebrüder, vgl. Busch, Arch. Bd. III, S. 75.

[7]) So war der Vorschlag des Oesterreichischen Entwurfes eines Handelsgesetzbuches § 17; allein derselbe wurde in der zweiten Lesung nicht angenommen, vgl. Prot. S. 920. Vgl. v. Hahn zu Art. 20, § 5.

[8]) Vgl. die Protokolle S. 920 und Völderndorff's Kommentar, Bd. I, S. 169.

den gehören;[9]) in beiden Fällen tritt die Ausschliesslichkeit ein. Wenn also Haudorf und Schlagfeld die Gemeinde Prügelwald bilden, so darf der in Haudorf etablirte Franz Grob dem Franz Grob, der in Schlagfeld unter dieser Firma ein Geschäft eröffnen will,[10]) dies ebenso untersagen, als es in München der Ferdinand Mayer in Haidhausen darf, wenn in Sendling sein Namensgenosse sich unter dieser Firma etabliren will.[11]) Ebenso kann in Ruhla weder im Weimarischen noch im Gothaischen Theile dieselbe Firma geführt werden.

C. Einige **besondere Fälle** sind noch zu erwähnen:

1) Ob die Firma **Hauptniederlassungsfirma** ist **oder** nur **Firma einer Zweigniederlassung** kommt nicht in Betracht. Besteht an dem Orte oder in der Gemeinde, wo die Zweigniederlassung errichtet wird, bereits eine gleiche Firma, sei dies die Firma eines selbständigen Geschäftes, oder hätte ein Kaufmann dortselbst bereits eine Zweigniederlassung unter dieser Firma registriren lassen, so muss die neu angemeldete Zweigniederlassung der Firma ihres Geschäftes einen unterscheidenden Beisatz hinzufügen.[12])

2) Es kann vorkommen, dass die **Begriffe des Ortes und der Gemeinde sich nicht decken.** Z. B. die Stadt Mollberg besteht aus zwei durch den Illbach getrennten Hälften, welche zwei gesonderte Gemeinden bilden. Zur Gemeinde Mollberg links des Baches gehört aber noch die Ortschaft Frischthal. Hier darf zwar in Mollberg links und in Frischthal nicht die gleiche Firma geführt werden, wohl aber in Mollberg rechts des Illbachs und in Frischthal.[13]) Häufig wird ein bisher selbständiger Ort zu einer grösseren Gemeinde geschlagen;[14]) was ist nun Rechtens bezüglich der schon bestehenden Firmen? Meiner Ansicht nach muss im Falle einer Gleichheit diejenige einen Zusatz annehmen, welche der Zeit nach später angemeldet wurde.[15])

D. **Der Rechtsschutz**, welcher im Obigen dargestellt ist, wird übrigens **nicht jeder Firma, sondern nur der im Register eingetragenen gewährt.** Das blosse faktische Bestehen genügt nicht, es muss vielmehr derjenige Firmeninhaber

---

[9]) Das grosse Fabrikdorf Ruhla gehört sogar nach Hahn, Kommentar Bd. I, S. 96 in zwei verschiedene Staaten.

[10]) Ob die Hinzufügung des Ortes die Firmen genugsam unterscheidet, ist nach den Umständen zu bemessen.

[11]) Haidhausen und Sendling gehören nemlich zur Gemeinde München.

[12]) Bestritten ist, ob die Registerbehörde am Orte der Zweigniederlassung an die Entscheidung der Behörde vom Orte der Hauptniederlassung in Betreff der Frage der Gleichartigkeit gebunden ist. Z. B. die zwei Andreas Mayer in München firmiren (unter Zustimmung des Gerichtes) der eine Andr. Mayer, der andere A. Mayer; letzterer ist in Augsburg auch für eine Zweigniederlassung mit dieser Firma eingetragen; nun meldet Andr. Mayer sich in Augsburg auch für eine Zweigniederlassung an. Kann das Augsburger Handelsgericht ihn zurückweisen, weil dasselbe die Firmen nicht deutlich genug unterschieden findet? Ein im Centralorgan, neue Folge Bd. I, S. 51 abgedrucktes Erkenntniss des Königsberger Kommerz- und Admiralitäts-Kollegiums spricht sich dafür aus.

[13]) Ebenso v. Hahn a. a. O. S. 97.

[14]) Z. B. Gostenhof und Rennweg zu Nürnberg; Sendling zu München u. s. w.

[15]) Vgl. Völderndorff's Kommentar Bd. I, S. 169.

als der stärkerberechtigte angesehen werden, der zuerst den vom Gesetze vorgeschriebenen Schritt zur Sicherstellung des faktischen Bestehens gethan hat.[16]) Die früher eingetragene, wenn auch später entstandene geht der früher entstandenen aber später eingetragenen Firma vor.

Ad 2). **Das ausschliessliche Recht** des stärkeren Firmeninhabers **äussert sich in doppelter Richtung.** Es ist vor Allem ein **Verbietungsrecht.** Der Inhaber einer eingetragenen Firma kann den Unberechtigten vor Gericht ziehen und ihm die Führung der Firma untersagen lassen. Ob Jemand die Firma unberechtigt als Inhaber führt oder ob er als Vertreter einer unberechtigten Firma auftritt, macht hierin keinen Unterschied.[17]) Dagegen sollte es nach der rechtlichen Idee des Prinzipes allerdings darauf ankommen, ob derjenige, welcher ein Verbietungsrecht geltend machen will, selbst eine eingetragene Firma besitzt oder nicht; denn ausserdem hätte er ja eigentlich kein stärkeres Recht, als derjenige, welcher firmirt.[18]) Allein der Schutz gegen unbefugten Firmengebrauch geht weiter; wenn auch natürlich ohne eine Rechtsverletzung überhaupt kein Einschreiten möglich ist, so wird doch allgemein[19]) angenommen, dass es nicht ein effektives Vermögensrecht sein muss, dessen Schutz der Verbietende beabsichtigt, sondern dass das Recht auf den eigenen Namen stark genug sei, um jeden unbefugten Gebrauch desselben untersagen zu dürfen.[20])

Es ist daher (nach **v. Hahn**) nicht nöthig, dass der Verbietende seinen bürgerlichen Namen selbst als Firma führe, oder dass er überhaupt Kaufmann sei, oder seine Absicht darthue, später selbst den Namen als Firma anzunehmen.[21]) Auch ist es gleichgiltig, an welchem Orte der seinen Namen Führende wohnt. Ferner macht es keinen Unterschied, ob die unerlaubte Firma den Eintrag erwirkt hat, und endlich auch nicht, ob dem unbefugt geführten Namen ein Zusatz beigefügt ist. Einzige Voraussetzung ist, dass der Firmirende zu

---

[16]) Als diesen Schritt will man aber bereits die Anmeldung ansehen (Erk. des Berliner Stadtg. in Busch, Arch. Bd. I, S. 395). Ich halte nach dem Wortlaute des Gesetzes dies nicht für richtig.

[17]) Umgekehrt nicht; z. B. ein Agent der berechtigten Firma kann nicht als legitimirt erachtet werden, wegen Missbrauch der Firma aus eigener Person aufzutreten. Vgl. das Erk. des Kreisgerichts zu Hanau in Busch, Arch. Bd. XXXVII, S. 186.

[18]) Was kümmert es den Dichter Anton Mayer, dass der Hopfenhändler Aaron Levi unberechtigter Weise als David Scholem firmirt, oder selbst als „Anton Mayer"; der Dichter verkauft ja selbst keinen Hopfen und wird also nicht beschädigt.

[19]) Völderndorff's Kommentar Bd. I, S. 211 ff., v. Hahn, Kommentar Bd. I, S. 113 ff. und das Erk. des R.O.H.G. Bd. IV, S. 256: „Die Rechtsverletzung, durch welche die Anwendbarkeit des Art. 27 bedingt ist, braucht nicht nothwendig das Vermögen zu betreffen und wer nicht auf Schadenersatz, sondern nur auf Inhibirung der Firmaführung klagt, braucht auch nicht einen Beweis, Schaden erlitten zu haben, anzutreten."

[20]) Im Beispiele der Note 19 also kann der Dichter zwar nicht die Firmirung mit David Scholem, wohl aber die mit Anton Mayer verbieten.

[21]) Daher kann ich die Ansicht, welche von v. Hahn a. a. O. S. 114 vertreten wird, nicht theilen, dass der Gebrauch eines Familiennamens, namentlich eines oft vorkommenden, den Träger desselben zur Untersagung nicht ohne Weiteres berechtige.

der Firma kein Recht hat, dass er unbefugt firmirt. Dies kann der Fall sein, weil er den Art. 16 des A. d. H.G.B. verletzt, oder weil er dem Art. 20 bez. 21 zuwiderhandelt. Allein beide Fälle unterscheiden sich; im letzteren kann das Verbietungsrecht auch gegen denjenigen eintreten, welcher zu der Firma, die er führen will, an sich berechtigt wäre, es kann aber nur von demjenigen geübt werden, welcher bereits im Register steht. Im ersteren Falle dagegen kann das Untersagungsrecht nur gegen denjenigen eintreten, welcher zu der Firma, die er führt, überhaupt und abgesehen von einem früheren Eintrage unberechtigt ist, kann aber von Jedem geübt werden, der zu der Firma an sich berechtigt wäre, wenn er auch mit derselben im Register nicht eingetragen ist.

Die unbefugte Firmenführung kann nicht bloss in dem Gebrauch bei Rechtsakten oder Vertragsschlüssen, sondern auch z. B. in der Aufschrift des Geschäftslokales u. dgl. liegen, und wegen unbefugter Führung der Firma kann auch recht wohl einer der in Art. 10 des H.G.B. bezeichneten Händler belangt werden.[22])

Das Gesetz gewährt aber ausser dem Recht auf Untersagung auch ein Recht **auf Schadensersatz**, und die Geltendmachung dieses Rechts ist dadurch erleichtert, dass das Handelsgericht über Existenz und Höhe des Schadens lediglich nach seinem freien Ermessen zu urtheilen hat.[23]) Doch wird hiedurch nicht die rein subjektive Willkür des Richters sanktionirt, sondern nur die Befreiung von den strikten Beweisregeln, wie sie ehedem bestanden.[24])

Zur Begründung der Klage muss dargethan werden, dass der Beklagte unbefugt die Firma gebraucht, ferner dass ein Recht des Klägers hiedurch verletzt ist[25]) und endlich dass diese Rechtsverletzung einen vermögensrechtlichen Schaden hervorgerufen hat.[26]) Dieser Beweis wird nunmehr nur in den seltensten Fällen zu liefern sein.[27])

---

[22]) Keyssner, A. d. H.G.B. zu Art. 27, Note 1.

[23]) Es kann auch die Veröffentlichung des Erkenntnisses auf Kosten des Verurtheilten ausgesprochen werden (Art. 27 Abs. 3), nicht aber die der Abweisung der Klage auf Kosten des Klägers. Die Wahl, in welchem Blatte die Veröffentlichung zu erfolgen habe, ist nicht auf die in Art. 14 des A. d. H.G.B. bezeichneten beschränkt.

[24]) Nach der R.Civ.Pr.O. wäre der Art. 27 Abs. 2 des A. d. H.G.B. nicht mehr nöthig.

[25]) Dies muss auch bei der Ausübung des Verbietungsrechtes bewiesen werden, die dritte Voraussetzung aber nicht.

[26]) Das Nähere in Völderndorff's Kommentar Bd. I, S. 211 und 213. Vgl. R.O.H.R. Bd. 4, S. 253; Bd. 6, S. 196; Bd. 10, S. 292. Ueber die Bemessung des Schadens s. C.P.O. § 283.

[27]) Der unbefugte Gebrauch einer Firma wird (wie schon oben erwähnt) in der Regel dann Schaden verursachen, wenn sie als Waarenzeichen oder als Etablissementsnamen benutzt wird. Diese Fälle aber sind nicht nach Art. 27 des A. d. H.G.B., sondern nach dem Markenschutz-Gesetz zu beurtheilen (vgl. über diese Frage Völderndorff's Kommentar Bd. I, S. 208 ff.). Hierher gehört nur, wenn unter Anwendung der Firma ein Handelsgeschäft geschlossen oder eine Unterschrift abgegeben ist. Abstrahirt man nun vom Falle solchen unbefugten Gebrauches, die einen Betrug in sich schliessen, so bleibt nicht leicht Material zur Konstruirung von Beschädigungsfällen. R.O.H.G. Bd. 14, S. 187; vgl. Bd. 4, S. 254.

Zu erwähnen kommt noch, dass beide Rechte, das Verbietungsrecht und das Recht auf Schadensersatz auch auf die Rechtsnachfolger übergehen.[28])

II. Die Firma ist **als Rechtsobjekt** veräusserlich und übertragbar. In welchem Umfang s. § 47.

§ 47.

4. Der Gebrauch und die Uebertragung der Firma.

Aus dem Begriffe der Firma, weil sie als die Bezeichnung der eigentlichen kaufmännischen Persönlichkeit erscheint, folgt mit Nothwendigkeit, dass sie als Trägerin von Rechten und Verbindlichkeiten erscheint. Da aber hinter der Firma immer das Geschäft als Komplement der kaufmännischen Persönlichkeit steht (vgl. oben S. 192), so zwar, dass man im gewöhnlichen Sprachgebrauche die Ausdrücke „Firma" und „Geschäft" häufig für einander setzt,[1]) so ist es der Firmainhaber in seiner Funktion als Geschäftsinhaber, welcher unter der „Firma" handelt.

I. Diese Bedeutung **des Gebrauchs der Firma** zeigt sich in Folgendem:

A. **Rechtsgeschäfte, welche auf den Namen der Firma geschlossen werden,** berechtigen[2]) und verpflichten den Geschäftsinhaber ebenso, als wenn sie auf den bürgerlichen Namen einer Person lauten.[3]) Urkunden, insbesondere Wechsel,[4]) welche mit der Firma gezeichnet oder an die Firma gerichtet sind, gelten als vom Inhaber unterschrieben, beziehungsweise als an ihn gerichtet. Sie sind recognoscibel, wie eine mit persönlichem Namen gefertigte Urkunde. Zu erwähnen kommt hier, dass, nachdem die Firma nur in ihrer Vollständigkeit der Handelsname des Kaufmanns ist, dieselbe auch stets in allen wesentlichen Bestandtheilen gezeichnet werden muss.[5])

B. Der Gebrauch der Firma ist **das Kennzeichen**[6]) dafür, **dass die betreffende Handlung für das Geschäft vorgenommen ist.**[7]) Deshalb haben nur die Organe des Geschäftes das Recht, zu firmiren, und die Ertheilung des

---

[28]) Es ist hierbei nicht nur der Erbe, sondern derjenige als Rechtsnachfolger anzusehen, welcher das Geschäft mit der Firma übernimmt. Vgl. Busch, Arch. Bd. XXXVI, S. 200.

[1]) Vgl. Endemann a. a. O. S. 77, Note 10. Man sagt: „A. ist Reisender der Firma B"; oder „der Firma C kann man keinen Kredit gewähren" u. dgl.

[2]) Eine Firma kann zum Erben eingesetzt, es kann ihr ein Legat hinterlassen werden.

[3]) Und zwar auch dann, wenn die Firma eine an sich unzulässige oder unberechtigte ist. Vgl. z. B. das Erk. des R.O.H.G. vom 24. Januar 1877 in der Sammlung Bd. XXII, Nr. 71.

[4]) A. d. W.O. Art. 4, Nr. 3, 5 und 7. Art. 96, Nr. 3 und 5; vgl. auch v. Hahn, Bd. I, S. 82.

[5]) Erk. des R.O.H.G. vom 2. Januar 1874 in der Sammlung Bd. XII, S. 173.

[6]) Nicht das absolute; bei mündlichen Rechtsgeschäften z. B. hängt es von den Umständen ab, ob nicht ungeachtet des Nichtgebrauches der Firma doch das Geschäft vom Inhaber der Firma als solchem geschlossen war, vgl. Endemann a. a. O. S. 82, Note 50.

[7]) „Wenn ein Kaufmann unter Gebrauch seiner Firma handelt, erklärt er, als Kaufmann handeln zu wollen." v. Hahn, Bd. I, S. 83.

Rechtes zu firmiren, macht den Betreffenden zum Geschäftsherrn (Inhaber oder Vertreter des Inhabers).

C. Unter Umständen kann der Inhaber des Geschäftes **nur unter der Firma handelnd** auftreten, so insbesondere bei Aktiengesellschaften. Daraus folgt, dass bei Gesellschaften die Firma das Rechtssubjekt ist, welche in den öffentlichen Büchern eingetragen werden muss, und bei Einzelkaufleuten wenigstens an sich[8]) eingetragen werden kann.[9])

D. Auch **passiv legitimirt** im Rechtsverkehr erscheint die Firma. Nur kann sie natürlich physische Akte nicht vornehmen. Dass der Wechselprotest gegen die **Firma** erhoben werden muss, schliesst nicht aus, dass die Protesturkunde die Person anzuführen hat, welche Namens der Firma die Zahlung verweigert.[10]) Desgleichen kann in einem Ladungsnachweis der Gerichtsvollzieher nicht die Firma als „redend mit ihm selbst" anführen und Aehnliches.

E. Die wichtigste Folge aber der Handlungsfähigkeit ist, dass **die Firma klagen und beklagt werden kann.**[11]) Man hat dieses bestritten, weil dieselbe kein Subjekt sei und nicht physische Handlungen ausüben könne. Nun ist es richtig, die Thätigkeiten im Prozesse muss allerdings der hinter der Firma stehende physische Geschäftsinhaber vornehmen, er muss z. B. den Eid leisten.[12]) Allein das ist nicht nur bei allen juristischen Persönlichkeiten der Fall, sondern auch bei den Firmen in anderen Handlungen, die unzweifelhaft ihr zustehen.[13]) Entscheidend bleibt, dass die prozessuale Auseinandersetzung über kaufmännische Rechte und Verbindlichkeiten ein kaufmännischer Rechtsakt ist und daher die Firma denselben vornehmen kann.

II. Als Name der kaufmännischen Persönlichkeit ist die Firma **an den Fortbestand dieser Persönlichkeit, des Geschäftes — nicht der Person des Geschäftsinhabers,** gebunden. Wenn der Kaufmann aufhört Kaufmann zu sein, kann ein doppelter Anlass obwalten; geschieht es, weil das Geschäft aufhört, sei es, dass es freiwillig aufgegeben oder wegen eingetretener Insolvenz geschlossen wird,[14]) so endigt die Firma und muss im Register gelöscht werden. Hört der Kaufmann aber nur für seine Person auf Handel zu treiben und überkommt

---

8) Soferne die Hypothekenordnungen nicht formal noch entgegenstehen.

9) Vgl. das Erk. des Kölner Appellhofes vom 27. Januar 1871 in Busch, Arch. Bd. XXVII, S. 435.

10) Das R.O.H.G. hat in einem Erk. vom 4. Dezember 1874 (Sammlung Bd. XV, S. 208 und Busch, Arch. Bd. XXXII, S. 309) ausgesprochen, ein Protest sei ungültig, in welchem „die allgemeine Depositenbank" Zahlung verweigert.

11) Nach der Entsch. des R.O.H.G. Bd. 14, S. 307 kann auch der Einzelkaufmann unter der Firma klagen und verklagt werden, selbst wenn sie von seinem Namen abweicht; ob daraus bei der Zwangsvollstreckung Schwierigkeiten entstehen können, kommt nicht in Betracht.

12) Vgl. Lit. D.

13) Die Firma schreibt nicht das „acceptirt" auf den Wechsel.

14) Der Konkurs endigt nicht das Geschäft von Rechts wegen; es liegt die Entscheidung bei den Gläubigern, § 118 der K.O. (Völderndorff's Kommentar Bd. II, S. 262 ff.) und § 120 der K.O. (Völderndorff's Kommentar Bd. II, S. 270 ff.). Ueber die Frage nach früherm Recht s. Busch. Arch. Bd. II, S. 292 und Bd. XV, S. 257.

das Geschäft ein Anderer, so muss die Firma keineswegs endigen. Die Befugniss, dieselbe auch bei geänderter Inhaberschaft fortzuführen, kann erworben werden, durch Erbgang oder durch Einwilligung des ursprünglich Berechtigten;[15]) es bleibt aber immer eine Befugniss des neuen Geschäftsinhabers, ob er die ihm nach Art. 16 zukommende wahre Firma annehmen oder die bisher mit dem Geschäfte verbundene fortführen will (Art. 22 des A. d. H.G.B.).[16]) Desgleichen kann die Firma fortgeführt werden, wenn in das bestehende Handelsgeschäft eines Einzelkaufmanns Jemand als Gesellschafter eintritt, oder wenn zu einer Handelsgesellschaft ein Gesellschafter neu hinzutritt, oder aus einer Handelsgesellschaft ein Gesellschafter austritt; in letzterem Falle ist dessen Einwilligung dann von Nöthen, wenn sein Name in der Firma vorkommt (Art. 24 des A. d. H.G.B.).[17])

Im Einzelnen kommt zu bemerken:

A. Ohne Uebertragung des Geschäftes kann die Firma niemals übergehen (Art. 23 des A. d. H.G.B.); es folgt dies aus dem Begriffe der Firma, die keine selbständige Sache, überhaupt keine Sache, sondern nur die Bezeichnung eines Rechtssubjektes ist.[18])

B. Die Firma haftet am Geschäft als solchem; es kann daher die Firma dann nicht übergehen, wenn nur eine Zweigniederlassung den Besitzer wechselt, das Hauptgeschäft aber bleibt.[19])

C. Uebergang des Geschäftes tritt auch ein bei dessen Verpachtung, der Pächter kann also die Firma des Eigenthümers führen.[20])

D. Die Einwilligung des abgebenden Geschäftsinhabers oder des eintretenden Gesellschafters zur Fortführung der Firma muss eine ausdrückliche[21]) sein; sie kann weder präsumirt, noch aus den Umständen gefolgert werden.

E. Nachdem das Geschäft mehr ist als das blosse Geschäftsetablissement, so kann von der Erwerbung eines bestehenden Handelsgeschäftes und der darauf sich gründenden Fortführung der bisherigen Firma nur dann die Rede sein,

---

[15]) Der ursprünglich Berechtigte ist im Falle mehrerer Erben deren Gesammtheit, daher müssen, wenn ein Erbe allein das Geschäft fortsetzt, die Miterben zum Fortbestand der Firma ihre Einwilligung geben.

[16]) Natürlich dann nicht, wenn er sich beim Erwerbe zur Fortführung aus besonderen Rücksichten verpflichtet hat. Ein interessanter Fall in dieser Hinsicht bei Busch, Arch. Bd. XXVI, S. 253.

[17]) Keyssner, f. Erlt. die H.Ges. S. 22. — Dagegen kann eine Aktiengesellschaft die Firma eines Einzelkaufmannes oder einer offenen Handelsgesellschaft nicht fortführen, wenn sie auch das Geschäft erwirbt. Vgl. oben und Busch, Arch. Bd. XXVII, S. 441.

[18]) Vgl. die Ausführungen in Völderndorff's Kommentar Bd. I, S. 191 ff.; Behrend, Zeitschr. für Gesetzg. und Rechtspfl. Bd. 4, S. 437 ff.

[19]) Vgl. Busch, Arch. Bd. IV, S. 129.

[20]) Vgl. Goldschmidt, Handbuch Bd. I, S. 667 und das Erk. des Handelsapp.Gr. zu Nürnberg vom 18. Dezember 1865 (Völderndorff's Sammlung, Bd. II, S. 120).

[21]) Wenn auch nicht gerade mit ausdrücklichen Worten. Keyssner zu Art. 22, Nr. 5; Ueberlassung auf Zeit s. das. Nr. 7.

wenn der Erwerber in alle Rechtsverhältnisse[22]) des Handelsgeschäftes eintritt, nicht aber wenn nur das Waarenlager, die Lokalitäten und dergleichen übergehen. Vgl. hierüber und darüber insbesondere, ob aus dem Uebergang der Firma der Schluss auf Uebernahme aller Aktiven und Passiven gerechtfertigt ist, die Ausführungen oben S. 190.

F. Das Recht des neuen Geschäftsinhabers zur Fortführung der seitherigen Firma ist ebenso wie seine Haftung für die unter der Firma geschlossenen Geschäfte nicht davon abhängig, dass der Uebergang des Geschäftes, zu dem er nach Art. 25, 26 gezwungen werden kann, bereits erfolgt ist. Neben dem thatsächlichen Geschäftsinhaber bleibt freilich auch der im Register eingetragene haftbar.[23])

D. Waarenzeichen und Markenschutz.[1])

§ 48.

1. Die Bedeutung des Waarenzeichens.

Dasjenige äussere Merkmal, welches die Waare eines bestimmten Gewerbetreibenden von der Waare anderer Gewerbetreibenden unterscheidet,[2]) heisst **Waarenzeichen, Waarenmarke** (auch **Handelszeichen**).[3]) Das Zeichen kann entweder auf der Sache selbst, welche die Waare bildet,[4]) und zwar an einer

---

[22]) Vorbehalt einzelner Forderungen oder Belassung einzelner Schulden beim Veräusserer ist natürlich nicht ausgeschlossen. Ein Oesterreichisches Erk. (bei Busch, Arch. Bd. XXX, S. 105) sagt deshalb: „in alle oder doch den grössten Theil der Rechtsverhältnisse."

[23]) Entsch. des R.O.H.G. Bd. 17, S. 240.

[1]) Endemann, der Markenschutz (Busch, Arch. Bd. 32, S. 1 ff. und separat), Meves, Erläuterung zum Ges. von 1874 (Bezold, Gesetzgebung des deutschen Reichs Th. III, Bd. 1, S. 165 ff. und separat), Siegfried (Berlin 1875), A. Stockheim (München 1875), Erläuterungen zum Reichsgesetze über den Markenschutz. Löbker, in Hausers Zeitschr. f. Reichs- und Landesrecht Bd. 4, S. 129. S. auch Thöl, H.R. § 209; Endemann, H.R. § 19.

[2]) Diese Definition ergibt sich aus § 1 des Reichsgesetzes von 1874.

[3]) Unterschieden hiervon sind jene Zeichen, welche den Zweck haben, dem Publikum Sicherheit für die Güte und Beschaffenheit der Waare zu gewähren, z. B. die Abstempelung der Gold- und Silberwaaren, die Bezeichnung des Hopfens, der Wollen- und Leinenwaaren mit Siegeln oder Marken u. s. w.

[4]) Natürlich muss die Sache als „Waare" im Sinne des Gesetzes sich darstellen. Unbewegliche Gegenstände sind nicht Objekt der Handelsgeschäfte und deshalb ist das auf stehenden Bäumen eingepläzte Zeichen keine Waarenmarke (Meves a. a. O. S. 168), aber dasselbe kann solche werden, wenn die Bäume zum „Holz" werden, das heisst gefällt sind.

beliebigen Stelle, oder auf der Umhüllung [5]) der Sache (dem Etui, Fasse, Behälter, der Flasche und dergleichen) angebracht sein. [6])

Das Waarenzeichen ist entweder die Bezeichnung dafür, dass die Waare in der Hand eines bestimmten Kaufmanns war, er drückt sie auf die Sache zum Behufe des Umsatzes in Natur, in welchem Falle sie **Handelsmarke**, **kaufmännische Marke** genannt wird. Oder aber sie ist Ursprungszeichen, **Fabrikmarke, Etikette.** [7]) Beide Arten fliessen indessen jetzt häufig ineinander [8]) und es lässt sich nach den gegenwärtigen Verhältnissen des Handels und der Industrie mit Sicherheit eine Gränze zwischen beiden Zeichen kaum mehr ziehen. [9])

Die im Folgenden darzustellende Bedeutung der Handels- und Fabrikmarke ist neueren Ursprungs; das frühere Recht beschäftigte sich, wie bereits früher (S. 183) gelegentlich erwähnt wurde, mit dem Waarenzeichen nur in seiner Funktion als Eigenthumsmarke. In dieser Richtung wurde demselben im Handelsverkehre eine doppelte Bedeutung beigelegt; man nahm an, die Aufsetzung des Zeichens bedeute den Uebergang des Eigenthums, [10]) oder doch des Besitzes [11]) oder wenigstens der Gefahr vom Verkäufer auf den Käufer [12]) und man erblickte anderseits in der Signirung ein Anerkenntniss der Empfangbarkeit der Waare. Indessen waren die Ansichten im Einzelnen sehr getheilt; [13]) der Handelsgebrauch aber ging vordem wohl dahin, [14]) dass das Aufsetzen des Zeichens sowohl die Besitzergreifung wie die Genehmigung der Waare bekundet, sofern nicht aus den Umständen das Gegentheil zu vermuthen ist, und dass diese Vermuthung besonders dann ausgeschlossen erscheint, wenn die ganze Partie bezeichnet wurde,

---

[5]) Das Reichsgesetz sagt: „Verpackung"; allein unter diesem Ausdrucke versteht man im gewöhnlichen Leben die „Umhüllung zum Zwecke der Versendung von einem Orte zum andern", während das Waarenzeichen ohne Rücksicht auf Versendung auf der Umhüllung angebracht wird.

[6]) Ueber Namen einer Zeitung und das Recht darauf vgl. Goldschmidt's Zeitschrift, Bd. VI, S. 65.

[7]) Vgl. die Motive zum Reichsgesetz von 1874 (stenograph. Ber. pro 1874/75, Bd. III, S. 365). Zu bemerken ist indess, dass die Benennung „Etikette" auch in einem weiteren Sinne gebraucht wird; Endemann, S. 83, Note 2.

[8]) Vgl. die stenographischen Berichte a. a. O. S. 635

[9]) Es gibt Kaufleute, welche die von ihnen ausschliesslich vertriebenen Waaren in kleineren Fabrikstädten nach Vorschrift fertigen lassen und daher, ohne Fabrikanten zu sein, mit ihrer kaufmännischen Marke zugleich ein Ursprungszeichen für die Waare geben und Aehnliches.

[10]) So die Auffassung der mittelalterlichen Juristen Stracha, Marquard und Casaregis bei Thöl, S. 872, Note 5.

[11]) Z. B. Brauer, Deutsches Handelsrecht Bd. I, § 82.

[12]) Z. B. Pöhl's Handelsrecht Bd. I, S. 191.

[13]) Paulus in l. 14, § 1 D. de periculo et commodo rei venditae (18, 1) lässt den Alfenus sagen: Videri trabes traditas, quas emtor signasset; und das Gleiche lehrte nach Ulpian (eod. l. 1, § 2) Trebatius; während Labeo und mit ihm Ulpian in der Zeichenaufsetzung im Zweifel nur eine Vorsichtsmassregel zur Feststellung der Identität erblickten.

[14]) Brinkmann, Handelsrecht § 74, S. 297 und 298 und Note 8. Endemann, H.K. § 19, Note 43—45.

während bei Waaren, welche regelmässig erst durch Kosten, Nachstechen u. s. w. vor dem Empfange näher untersucht werden, die Bezeichnung unter Umständen nur als Feststellung derjenigen Theile, welche geprobt sind oder geprobt werden sollen, dienen.[15]) Die neuere Lehre [16]) aber nimmt vor Allem an, dass das Zeichnen der Waare niemals Tradition sei, weder wirkliche noch symbolische, nicht einmal in dem Falle, wenn es mit Zustimmung des Veräusserers geschieht. Dagegen könne unter Umständen in dem Akte des Zeichnens die Besitzergreifung sich ausdrücken. Und was die Gefahr der Waare betrifft, so hat der moderne Verkehr dahin geführt, dass der Versender der Waare ihr regelmässig sein Zeichen aufsetzt, ohngeachtet dieselbe nicht oder nicht mehr sein Eigenthum ist, und dass mit diesem Zeichen versehen die Waare durch die verschiedensten Hände geht, ohne dass Jemand daran denkt, aus dem Zeichen eine rechtliche Qualifikation zu entnehmen.

Sonach lässt sich zwar nicht dem (von Goldschmidt a. a. O. ausgesprochenen) Satze vollständig beistimmen: dass zur Zeit der rechtliche Zusammenhang zwischen dem Kaufmannszeichen und dessen Träger, wo nicht völlig geschwunden, so doch mindestens in hohem Grade gelockert sei, denn diesem widerspricht die ganze folgende Lehre vom Markenschutz, aber mit der Modifikation ist der Satz gewiss richtig, dass nach gegenwärtiger Sitte das Zeichnen der Waare nur zur Wahrung des Ursprungs, nicht als Vornahme eines Rechtsaktes angesehen wird.

§ 49.

2. Wesen und Grundlage des Markenschutzes. Anmeldung.

Dem Ermessen des Gewerbetreibenden ist es anheimgestellt, ob er seine Waaren und Fabrikate mit einer Bezeichnung versehen will oder nicht. [1]) Ferner steht es ihm frei, wenn er sie bezeichnen will, ob er hiezu sich seines Namens und seiner Firma bedienen oder ob er hiefür ein selbstgeschaffenes Bild oder sonstiges Merkmal wählen will. [2]) Während indessen die zuerst erwähnte Art der Waarenkennzeichnung die ursprüngliche und längst als ein Individualrecht [3]) anerkannt und geschützt war, [4]) ist letztere — die Marke im technischen Sinne —

[15]) Hamburger Arch. für Handelsrecht Bd. II, S. 574.

[16]) Sehr schön und erschöpfend behandelt bei Goldschmidt, Handelsrecht Bd. I, Abth. 2, S. 645 ff.

[1]) Für einige Gewerbe besteht partikularrechtlich eine Pflicht, den Namen an der Waare kenntlich zu machen, z. B. bei Gold- und Silberarbeiten; reichsgesetzlich (Bundesrathsbeschluss vom 13. Juli 1879 § 4, Al. 7) müssen Behälter, welche Dynamit enthalten, mit der Firma oder der Marke der Fabrik, aus welcher der Dynamit herrührt, bezeichnet sein.

[2]) Auf zweifache Art kann eine Waare in berechtigter Weise mehrfache Zeichen tragen; einmal kann jeder Kaufmann, durch dessen Hand sie geht, sein Zeichen aufsetzen; es kann aber auch die Umhüllung selbst als Fabrikat eine Marke tragen.

[3]) Dieses bezeichnenden Namens bedient sich Gareis in seiner schätzenswerthen Erörterung in Busch, Arch. Bd. XXXV, S. 185 ff.

[4]) Indessen nicht unbeschränkt und allgemein, vgl. das Erk. des Handelsapp.Ger. zu Nürnberg vom 15. März 1866 in Völderndorff's Sammlung, Bd. II, S. 237, und das Erk. in Busch, Arch. Bd. XV, S. 412.

erst durch das Reichsgesetz vom 30. November 1874 [5]) zu einem civil- und strafrechtlich gesicherten Gebrauche gelangt, und zwar wird in diesem Gesetze unter „Waarenzeichen" stets nur die figürliche, selbstgeschaffene Marke (die eigentlichen Waarenzeichen, welche in willkürlich gewählten Figuren bestehen) verstanden [6]) und als solche der im Aufsetzen des Namens und der Firma bestehenden Waarenbezeichnung entgegengesetzt.

Der Schutz des Gesetzes erstreckt sich übrigens nur auf die Ausschliessung der unbefugten Konkurrenz zwischen Kaufleuten beziehungsweise Fabrikanten, nicht auf Sicherung des Publikums gegen Täuschung durch unbefugte Waarenzeichnung. [7])

Im Einzelnen ergeben sich folgende Sätze:

I. Als **Grundlage des Rechtsschutzes** erklärt das Reichsgesetz die **Anmeldung** (nicht die wirkliche Eintragung). Dieselbe hat zu erfolgen zum Handelsregister, in welchem nach der Bekanntmachung vom 8. Februar 1875 eine besondere Abtheilung [8]) mit dem Namen „Zeichenregister" anzulegen ist. [9]) Die Anmeldung muss eine deutliche Darstellung des Waarenzeichens (vgl. unten Nr. IX) enthalten nebst einem Verzeichnisse der Waarengattungen, für welche das Zeichen bestimmt ist. Als Ort, an welchem die Anmeldung geschehen soll, erklärt das Gesetz das zuständige Handelsgericht der Hauptniederlassung. [10]) **Subjekt** der Anmeldung ist jeder Gewerbetreibende, der eine im Handelsregister eingetragene Firma führt; er muss also nicht blos eine solche führen **dürfen** — das heisst (Art. 10 des A. d. H.G.B.) sein Gewerbebetrieb muss über den

---

[5]) Reichsgesetzblatt von 1874 Nr. 28, S. 143—146. Entwurf nebst Motiven: Stenogr. Ber. von 1874, II. Session, Bd. IV, S. 632 ff. Berathung hierüber: ebenda S. 32—36; 79—93; 98—112; 127—136 und 175. Zur Ausführung des Gesetzes erging eine Bekanntmachung des Reichskanzleramtes vom 8. Februar 1875 im Centralblatt von 1875, S. 123.

[6]) So drücken sich die Motive aus. Vgl. die überzeugende Nachweisung bei Endemann in Busch, Arch. Bd. 32, S. 5 und 6.

[7]) Und zwar hat der Erwerber (strafrechtlichen Betrug vorbehalten) weder ein Recht gegen den Gebrauch unechter Marke für echte Waare, noch gegen den Gebrauch echter Marke für unechte Waare.

[8]) Diese Abtheilung steht den Abtheilungen Firmenregister: Prokurenregister, Gesellschaftsregister gleich, Meves a. a. O. S. 169, II. — S. im Näheren die Instrukt. vom 8. Februar 1875.

[9]) Dasselbe hat 5 Columnen (in Preussen 6 nach dem Justizministerialerlass vom 22. März 1875. Just.Min.Bl. S. 90), nemlich:

a) Benennung der anmeldenden Firma, des Ortes der Hauptniederlassung und des Eintrags der Firma im Register;

b) Tag und Stunde der Anmeldung;

c) Bezeichnung der Waarengattung;

d) Darstellung der Marke;

e) Besondere Bemerkungen, insbesondere Löschungsvermerk;

f) Laufende Nummer.

[10]) Nicht der Ort der Produktion der Waare; ist die Hauptniederlassung im Auslande, im Inlande aber eine Zweigniederlassung, so ist nach § 20 des R.G. unter Umständen diese der Anmeldungsort.

Umfang des Handwerkes hinausgehen, [11]) — sondern er muss sie wirklich **führen**, — das heisst er muss im Handelsregister mit derselben bereits eingetragen sein. [12]) Der Anmeldende muss seine Hauptniederlassung im Inlande haben, aber er braucht weder ein Deutscher zu sein, noch in Deutschland zu wohnen. [13])

Unter obigen Voraussetzungen können nicht blos physische, sondern auch juristische Personen (auch Gesellschaften jeder Art, offene, Commandit- und Aktiengesellschaften), endlich Genossenschaften [14]) den Markenschutz durch Anmeldung erlangen. [15])

II. **Objekt der Anmeldung** sind die **Waarenmarken** im engeren Sinne, das heisst die selbstgeschaffenen Zeichen. [16]) Wer Produkte oder Waaren nur mit seinem Namen oder seiner Firma zeichnen will, ist schon durch Anmeldung der Firma geschützt, und bedarf daher nicht einer nochmaligen Eintragung derselben in ihrer Funktion als Waarenzeichen.

III. Die **Form der Anmeldung** ist im Gesetze nicht näher normirt; sie kann daher wie jede Anmeldung zum Handelsregister (vgl. unten) schriftlich [17]) oder mündlich zum Protokolle [18]) beim zuständigen Gericht erfolgen. Vorgeschrieben ist (§ 2) eine deutliche Darstellung des Waarenzeichens, ein Verzeichniss der Waarengattungen, für welche dasselbe bestimmt ist, Unterschrift der Firma, und Nachweis, dass diese im Handelsregister bereits eingetragen ist. (Vgl. oben Not. 12.)

IV. Auf Grund der Anmeldung erfolgt, wenn der Richter das Zeichen als eintragsfähig und die Legitimation des Anmeldenden als genügend erachtet, **die Eintragung.** [19]) Bei dieser ist insbesondere die Zeit (sogar die Stunde) der Anmeldung zu vermerken [20]) und zwar bleibt diese Zeit gewahrt, auch wenn der Eintrag, in Folge Verlegung der Hauptniederlassung, in ein anderes Register transferirt werden muss. [21]) Die erste Eintragung, für welche eine Gebühr von

[11]) Controvers ist, ob ein Kleinkaufmann, wenn er mit einer Firma im Register steht, den Markenschutz geniesst, dagegen Landgraf, Kommentar S. 9, dafür Endemann a. a. O. S. 13. Die Gründe des Letzteren scheinen mir überwiegend.

[12]) Da aber das Firmenregister die erste Abtheilung bildet, so ist diese Voraussetzung auch dann erfüllt, wenn der Kaufmann gleichzeitig Firma und Marke anmeldet.

[13]) Die Fragen, ob ein Prokurist, ein Analphabet u. s. w. ein Waarenzeichen anmelden können, beantworten sich einfach darnach, ob sie eine Firma anmelden können.

[14]) Trefflich nachgewiesen von Endemann a. a. O. S. 15 ff.

[15]) Nicht aber mehrere Personen, sofern sie weder Gesellschaften, Genossen oder mit korporativen Rechten ausgestattet sind. Ein desfallsiges Amendement zum Reichsgesetz wurde abgewiesen, vgl. Stenogr. Ber. a. a. O. S. 366.

[16]) Endemann nennt dieselben „Figurenzeichen“.

[17]) In „beglaubigter Form“.

[18]) In diesem Falle hat der Richter die Identität des Anmeldenden zu konstatiren.

[19]) Gegen den Bescheid auf „Nichteintragung“, der mit Gründen versehen dem Antragsteller zugehen muss (Instr. vom 8. Februar 1875, § 7), findet die übliche Beschwerde statt, vgl. Motive zu § 1 (Stenogr. Ber. a. a. O. S. 635).

[20]) Ueber die Art des Eintrags s. R.Ges. § 4; Instr. § 4.

[21]) Dasselbe muss natürlich gelten, wenn die Firma gewechselt, das Zeichen aber beibehalten wird, und ohnehin dann, wenn die Anmeldung nur (nach § 5, Ziffer 3) erneuert wird.

50 Mark entrichtet werden muss, ist im Deutschen Reichs-Anzeiger bekannt zu machen [22]) und der Anmeldende ist von derselben (oder der Abweisung seines Antrages) schriftlich zu verständigen. Die Eintragung begründet indessen keine an sich nicht vorhandene Rechtsbeständigkeit der Anmeldung; sie schafft nicht etwa formales Recht, wenn dieses nicht materiell begründet ist, nicht einmal eine Präsumtion für das letztere. Die Stellung des Registerrichters ist die einer Justizverwaltungsbehörde; er hat die Eintragung eines angemeldeten Waarenzeichens zu bewirken, wenn die Anmeldung den gesetzlichen Erfordernissen entspricht; darum aber, ob dem Gebrauche des Zeichens durch den Anmeldenden Rechte Dritter entgegenstehen, hat er sich nicht zu kümmern. Der Eintrag selbst hat daher lediglich die Bedeutung einer Beurkundung der geschehenen Anmeldung, nicht aber werden dadurch Rechte zur Entstehung gebracht, welche nicht bereits durch die Anmeldung begründet sind. Den Rechten eines Anderen wird dadurch nicht präjudizirt. [23])

§ 50.

3. Die Wahl des Zeichens.

Der Anmeldende ist im Allgemeinen in der Wahl desjenigen Zeichens, mit welchem er arbeiten will, frei. Das Gericht hat weder zu prüfen, ob die Marke zur Unterscheidung der Waaren geeignet oder zweckmässig sei, noch auch ob der Anmeldende Waaren produzirt oder besitzt, für die es sich lohnt, sich eines Zeichens zu bedienen. [1]) Indessen bestehen immerhin einige Beschränkungen und zwar **sind verboten:**

I. alle Zeichen, welche sich **von einem bereits angemeldeten nicht ganz deutlich unterscheiden** (§ 18 des R.Gesetzes).

II. alle Zeichen, welche **geeignet sind den Irrthum zu erregen, als ob die Waaren durch ein Patent geschützt seien** (Patentgesetz § 40, Abs. 1.).

III. Zeichen, welche **Aergerniss zu erregen geeignet erscheinen** (§ 3, Abs. 2 des R.G.).

IV. Zeichen, welche **aus öffentlichen Wappen** bestehen,

V. Zeichen, welche **ausschliesslich Zahlen, Worte oder Buchstaben enthalten.** [2])

ad I. Diese Bestimmung [3]) ist wohl die wichtigste und in der Praxis am

---

[22]) R.Ges. § 6; Instr. §§ 8, 9.

[23]) Aus dem Erk. des R.O.H.G. vom 16. September 1878 (Sammlung Bd. XXIV, S. 79 ff.).

[1]) Endemann in Busch a. a. O. S. 21 und 20.

[2]) Im Gesetze ist die letzte Alternative voran gestellt, wodurch die Annahme entstehen könnte, als ob sich das Wort „ausschliesslich" auch auf die beiden anderen Alternativen des § 3, Abs. 2 beziehen solle. Diese Annahme wäre aber irrig; im Entwurfe fehlte nemlich das Wort und die Begründung der desfallsigen Aenderung im Reichstage zeigt, dass nur die Zahlen, Worte und Buchstaben als ausschliessliches Zeichen beseitigt werden wollten.

[3]) Dieselbe Bestimmung ist auch in Betreff der Namen und Firmen gegeben und ist für das Folgende daher auch die obige Ausführung zu vergleichen. S. 200.

Meisten controvertirte des Gesetzes; sie allein gibt auch den wirklichen, reellen Schutz. Als Massstab für die Deutlichkeit der Unterscheidung verlangt der § 18, dass diese nur dann als vorhanden angesehen werden soll, wenn sie ohne besondere Aufmerksamkeit, das heisst ohne eine Anspannung der Sinne und Geisteskräfte und ohne eine sorgfältige Vergleichung beider Zeichen entdeckt werden kann, wenn sie im gewöhnlichen Verkehr sofort in die Augen fällt.[4]) Obwohl also dem Begriff nach die Identität der Waarenbezeichnung nur in einer vollständigen und getreuen Wiedergabe des fremden Zeichens gelegen und die Identität demnach aufgehoben wäre, wenn bei dem Figurenzeichen irgend eine Hinzufügung, Weglassung oder Umgestaltung, bei dem Namen und der Firma irgend eine wenn auch nebensächliche Aenderung vorgenommen würde,[5]) so soll doch nach dem Willen des Gesetzes weiter gegangen und Identität der Bezeichnung auch dann angenommen werden, wenn das grosse Publikum, die gewöhnliche Kundschaft den Unterschied nicht sofort bemerkt, und indem es die eine Waare kauft, die andere zu kaufen glaubt.[6]) Interessante Beispiele aus der bisherigen Gerichtspraxis, welche die Anwendung dieser Vorschrift deutlich machen, gibt es viele; ohne dass man aus derselben eine prinzipielle Gränze bestimmen könnte, wie weit man in der Auslegung zu gehen hätte, da hierin Alles auf die Umstände ankommt.[7]) Nur das Eine möge noch bemerkt werden, dass bei kombinirten Zeichen, welche aus Figur und Namen bestehen, Identität nicht schon dann als vorhanden angenommen werden kann, wenn auch nur entweder die Figur oder der Name bez. die Firma dieselbe ist;[8]) dass vielmehr für die Identität zweier aus einer Figur und einer Firma kombinirten

---

[4]) Meves a. a. O. S. 243.

[5]) Endemann in Busch a. a. O. S. 69.

[6]) Vgl. die Entscheidungen über die Etikette des Kölnischen Wassers (Johann Maria Farina) im Kölner Centralorgan von 1862 S. 170 und 181, und weiter in der Sammlung der Entscheidungen Bd. X, S. 289 und Bd. XXIV, S. 228. (Im letzteren Erkenntnisse vom 29. Oktober 1878 wurde der Firma „Johann Maria Farina gegenüber dem Jülichsplatz“ das Recht eingeräumt, gegen die Etikette: „Uebertroffen Johann Maria Farina gegenüber dem Jülichsplatz Eau de Cologne, Morschwitz, Stiftsdame“ aufzutreten.) Das Erk. des Berliner Kammergerichtes über die Marke der Faber'schen Bleistifte vom 7. Oktober 1871 (Deutsches Handelsblatt, Jahrgang 1871); des Berliner Obertribunals vom 19. Mai 1865 (Goltdammer, Arch. Bd. XII, S. 564); die Entsch. des R.O.H.G. vom 9. Dezember 1871 (Busch, Arch. Bd. 25, S. 432) über die Firma Laferme (Laferme und J. Huppmann La Ferme sind genügend unterschieden); das Erk. des Reichsgerichtes vom 18. Dezember 1879 (Handelsbeilage der Allgemeinen Zeitung v. 1880, Nr. 18), worin „Kronthaler Apollinaris-Brunnen v. f., Brunnen-Direktion Bad Kronthal Nassau“ als genügend unterschieden von „Apollinaris Brunnen zu Apollinaris-Brunnen, Aktiengesellschaft“ erklärt ist, und das Erk. des R.O.H.G. vom 13. Dezember 1878 (Sammlung, Bd. XXIV, S. 299).

[7]) In Frankreich sind die Gerichte sehr streng; das Erk. wegen Veuve Cliquot ist oben (S. 201, Note 4) schon citirt und jüngst erklärte das Handelsgericht in Nizza den Zeitungsnamen „Nouveau Figaro“ als Beeinträchtigung des Pariser „Figaro“, vgl. Figaro von 1880, Nr. 144.

[8]) Wie das Stuttgarter L.O.H.G. annahm (vgl. Busch, Arch. Bd. 36, S. 56) berichtigt durch Erk. des R.O.H.G. vom 22. Juni 1876.

Waarenzeichen der Name bez. die Firma ebensogut in Betracht kommt, wie die Figur,[9]) wobei indessen bei einem Unberechtigten der Gebrauch von Name oder Firma wenn auch mit veränderter Figur die Gesetzverletzung begründet.

ad II. Das Lösen eines Patentes ist mit Umständlichkeiten und Kosten verbunden; anderseits hat eine patentirte Waare in den Augen des Publikums einen höheren Gebrauchswerth. Aus beiden Gründen kann es deshalb dem Staate nicht gleichgültig sein, wenn in dieser Richtung eine Täuschung geübt wird.

ad III. Als „Aergerniss erregend" erscheint ein Zeichen, wenn dasselbe bei dem Publikum anstössig ist. Es ist nicht nöthig, dass sich alle Leute daran stossen, aber es genügt auch nicht, dass sich der Eine oder Andere darüber ärgert. Das Verbot tritt übrigens nicht erst dann ein, wenn das Zeichen faktisch Aergerniss erregt hat, sondern der Richter verweigert die Eintragung, wenn er es nach seinem vernünftigen Ermessen für geeignet erachtet, Aergerniss zu erregen.[10]) Als Aergerniss erregend sind indessen nicht blos unzüchtige und unsittliche Darstellungen, sondern alle Zeichen zu erklären, welche in irgend einer mit dem Zwecke der Schutzmarke nicht in Beziehung stehend ungehöriger Absicht gewählt werden.

ad IV. Privatwappen zur Marke zu wählen ist nicht verboten. Natürlich kann man nur sein eigenes[11]) wählen oder das eines Anderen, wenn er und die übrigen zur Führung Berechtigten dazu einwilligen. Unter „öffentlichen" Wappen sind auch Städte- oder Gemeindewappen verstanden;[12]) auch wenn eine Stadt oder eine Gemeinde als Korporation für ihre Waaren ihr öffentliches Wappen als Waarenzeichen benutzen wollte, wäre diess unzulässig, sie kann diess nur mit solchen Veränderungen, dass es nicht mehr als das öffentliche Wappen erscheint.

Das Gesetz verbietet indessen nicht die Benutzung des öffentlichen Wappens ganz allgemein, sondern nur die Eintragung als exclusive Marke. Im Gegentheile der Gebrauch des deutschen Adlers auf Etiketten ist durch Erlass vom 16. März 1872[13]) allgemein gestattet, wenn er nicht als Wappenschild erscheint.[14]) Ebenso kann (mit Erlaubniss des Berechtigten) jedes öffentliche Wappen auf der Waare geführt werden, aber es kann nicht den Schutz des Gesetzes dahin erlangen, dass kein Anderer dasselbe Wappen auf der Waare führen darf.

---

[9]) Ein Erk. des R.O.H.G. vom 29. Januar 1877 (Busch, Arch. Bd. 37, S. 191) erklärt es daher für statthaft, wenn ein Gewerbetreibender zwar die nemliche Figur wie ein anderer wählt, aber die Figur mit einem Namen, einer Firma oder mit sonstigen Zahlen, Buchstaben oder Worten so kombinirt, dass man den Unterschied sofort bemerkt.

[10]) Z. B. um politische oder religiöse Demonstrationen zu machen. Endemann, a. a. O. S. 25.

[11]) Wo dem Adel landesgesetzlich der Handel oder Fabrikbetrieb untersagt ist, kann jedes Familienglied gegen den Gebrauch des adeligen Wappens als Marke Einspruch erheben.

[12]) Der unbefugte Gebrauch des Wappens eines Bundesfürsten zieht ausserdem die Strafe des § 370 des R.St.G.B. nach sich.

[13]) Reichsgesetzblatt S. 90.

[14]) Erlass des Reichskanzlers vom 11. April 1872, Reichsgesetzblatt S. 93.

ad V. Es ist einerlei, aus welcher Sprache oder Schrift die Zahlen, Buchstaben oder Worte gewählt werden wollen; sie sind ausgeschlossen, gleichviel ob sie aus einer lebenden oder toten Sprache stammen. Ferner werden dieselben auch nicht dadurch zulässig, dass sie kombinirt oder in eine gewisse Form (z. B. einen Kreis) gebracht sind. Dagegen können Zahlen, Buchstaben und Worte in Verbindung mit figürlichen Zeichen allerdings verwendet werden; denn die strengere Ansicht des Gesetzentwurfes,[15]) „dass auch in Verbindung mit anderen rein figürlichen Zeichen die Zahlen, Buchstaben und Worte für eine Bevorrechtung im Sinne des Gesetzes nicht geeignet seien", wurde in der Debatte heftig bekämpft[16]) und durch Beisetzung des Wortes „ausschliesslich" beseitigt. Somit bleiben alle Kombinationen aus Zahlen, Buchstaben oder Worten mit anderen figürlichen Merkmalen eintragsfähige Marken.

Eintragsfähig ist ein Bild jeder Art (symbolische oder andere Figuren, Chiffern, Monogramme, Vignetten, Zeichnungen mit oder ohne Inschriften u. s. w.). Die natürliche Grösse ist gleichfalls frei, wenn auch bei der Anmeldung des Zeichens die vorgelegte Zeichnung[17]) auf den Umfang von 3 Quadratcentimeter reduzirt sein muss.[18])

§ 51.

4. Landesgesetzlich, im Verkehr allgemein anerkannte, oder im Gebrauche des Gewerbetreibenden befindliche Zeichen.

Das Gesetz enthält einige so zu sagen transitorische Vorschriften, bestimmt die neue Einrichtung mit den bestehenden Rechtsverhältnissen in Einklang zu bringen. Es sind diess folgende:

a) Die Eintragung von Waarenzeichen, deren Benutzung für den Anmeldenden schon vor Erlass des Gesetzes vom 30. Nov. 1874 landesgesetzlich geschützt war, ferner von solchen Zeichen, welche bis zum Beginn des Jahres 1875 im Verkehr allgemein als Kennzeichen der Waaren eines bestimmten Gewerbetreibenden gegolten haben, darf nicht versagt werden (§ 3, Abs. 1 des R.G. v. 1874); und

b) auf Waarenzeichen, welche bisher im freien Gebrauche aller oder gewisser Klassen von Gewerbetreibenden sich befunden haben, kann durch Anmeldung Niemand ein Recht erwerben (§ 10, Abs. 2 des R.G. v. 1874).

ad a) Schon vor dem Erscheinen des Reichs-Gesetzes von 1874 be-

---

[15]) Vgl. die Stenogr. Berichte, S. 636.

[16]) In erster und zweiter Lesung vergeblich; erst in der dritten Lesung wurde das Amendement durchgesetzt, vgl. Stenogr. Ber. S. 63.

[17]) Die blosse Beschreibung genügt nicht, vgl. Nr. 2 der Bekanntmachung vom 8. Februar 1875.

[18]) Diese Anmeldungszeichnung muss deutlich sein, auf dauerhaftem Papier und unter Angabe der Form, in welcher das Zeichen angebracht werden soll, in vier Exemplaren vorgelegt werden.

stund in Deutschland partikularrechtlich ein gewisser Markenschutz.[1]) Um nun die in Folge der früheren Bestimmungen wohlerworbenen Rechte zu sichern, bestimmt das Gesetz,[2]) dass die Vorschriften über die Art der Zeichen nicht rückwirken solle.[3]) Bereits im Verkehre übliche Marken, sei es dass sie förmlich in einem Register, Protokoll u. s. w. eingetragen waren oder dass sie sonst allgemeine Anerkennung genossen,[4]) können auch dann den Schutz des neuen Gesetzes beanspruchen, wenn ihre Beschaffenheit nach dem gegenwärtigen Gesetze nicht zulässig wäre, z. B. wenn sie nur aus Zahlen, Buchstaben oder Worten bestünden.[5]) Wie aber hat der Kaufmann oder Fabrikant die „allgemeine Anerkennung“ nachzuweisen? Es muss dargethan werden, dass man bisher Waaren, welche mit dem bestimmten Zeichen versehen waren, allgemein und unbezweifelt für Waaren angesehen habe, die von ihm und von Niemand Anderem herrühren.

ad b) Die Motive[6]) sagen hierüber Folgendes: „vielfach werden Waaren mit Zeichen versehen, welche von Alters her für diese Waaren sich im Gebrauch befinden,[7]) eine weitere Bedeutung aber zur Zeit nicht mehr besitzen. Bei anderen Waaren sind Zeichen allgemein üblich, welche hergebrachtermassen bestimmte Qualitäts- und Grössenverhältnisse bekunden. Endlich gibt es noch Zeichen, welche die Herkunft der Waare aus einem bestimmten Orte oder Bezirke erkennbar machen und demgemäss von allen dort wohnenden Gewerbetreibenden gebraucht werden.“ Es wäre nun offenbar unbillig, dadurch dass ein Einzelner sich eines solchen Zeichens bemächtigt, die Uebrigen, welche doch dasselbe Recht haben, zu schädigen.

---

1) Preussisches Gesetz vom 3. Juli 1818 über das Stabeisen-Zeichen mit der Verordnung vom 18. August 1847 und dem Gesetze vom 24. April 1854; Bayerische Verordnung vom 21. Dezember 1862 (Rg.Bl. S. 2661).

2) Nach § 21, Abs. 2 des Gesetzes müssen indessen die Rechte bis zum 1. Oktober 1875 in Anspruch genommen sein. Für die „landesgesetzlich geschützten“ Zeichen ist dies unbezweifelt. Dagegen spricht der soeben citirte Absatz nicht von den blos „allgemein benützten“; man könnte demnach annehmen, dass diese auch jetzt noch könnten angemeldet werden.

3) Ein Erk. des R.O.H.G. vom 22. Juni 1876 (Busch, Arch. Bd. 36, S. 57) spricht aus, nach bisherigem Rechte sei es sehr wohl möglich gewesen, dass für ein und dasselbe Waarenzeichen in zwei verschiedenen deutschen Staaten zwei verschiedene Personen den landesgesetzlichen Schutz genossen. In solchem Falle seien nun beide durch § 9 des Reichsgesetzes geschützt.

4) Aber nur in Deutschland, vgl. Busch, Arch. Bd. 37, S. 338, und das Erk. des R.O.H.G. in der Sammlung Bd. XXIV, S. 80.

5) Auch wird der Richter nicht befugt sein, ein solches Zeichen für ein Aergerniss erregendes zu erklären.

6) Stenogr. Ber. a. a. O. S. 637.

7) So bezeichnet man z. B. in Nürnberg die zum Auskämmen der Seide nach dem Orient und Italien gehenden Kämme von jeher mit Carlo Schwarzo und zwei gekreuzten Schlüsseln.

§ 52.

5. Beendigung des Rechts am Waarenzeichen.

Beseitigt wird der Eintrag des Waarenzeichens durch **Löschung** desselben im Handelsregister. Allein diese Löschung ist nach den Motiven des Reichsgesetzes[1]) ein rein formeller Akt, welcher an sich in keiner Weise für den Inhaber der Firma und für dessen Recht präjudizirlich sein kann. Vielmehr knüpft sich das Aufhören des durch Eintragung der Marke erworbenen Schutzes an die Thatsache der Nichtexistenz eines Anspruches auf diesen Schutz, und die Löschung ist nur die äusserliche Kundbarmachung dieser Nichtexistenz.[2])

In Folge hiervon hat die Löschung **von Amtswegen** (§ 5) zu geschehen, sobald das rechtliche Nichtbestehen einer im Register eingetragenen Marke dargethan ist. Und zwar a) wenn ein zur Eintragung ungeeignetes Zeichen eingetragen worden wäre; b) wenn die Firma im Handelsregister gelöscht wird, denn in diesem Falle hört die Legitimation zum Führen eines Waarenzeichens auf, weil kein Inhaber desselben mehr existirt. Dasselbe Prinzip erfordert, dass bei einer Aenderung der Firma das Waarenzeichen neuerdings in Anspruch genommen werden muss, wobei indessen die frühere Inhaberschaft in Bezug auf die Priorität stillschweigend fortwirkt.

Ebenso ist die Löschung von Amtswegen vorzukehren, c) wenn das Zeichen verjährt ist. Nach dem Reichsgesetze wirkt nemlich eine Anmeldung überhaupt nur für die Dauer von zehn Jahren. Ist dieselbe nicht eingetragen, so erlischt sie nach Ablauf von zehn Jahren vom Tage der Anmeldung an gerechnet. Wurde sie eingetragen, so beginnt der Lauf der Verjährung vom Tage des Eintrags an, und wenn die Anmeldung vor Ablauf der Frist nicht erneuert wird, so ist der Eintrag von Amtswegen zu löschen.

d) Man könnte fragen, wie es sich im Falle des Konkurses verhält. An und für sich tritt durch die Krida ein Verlust des angemeldeten oder eingetragenen Zeichens nicht ein. Wenn die Firma während der Gant etwa für die Masse fortgeführt wird, bleibt auch das Schutzrecht für das Zeichen; hört aber aus Anlass des Konkurses die Firma auf, so erlischt natürlich das Waarenzeichen gleichfalls.

Ausser den obigen Fällen erfolgt die Löschung **auf Antrag** des Inhabers der Firma, zu welchem Antrage indessen derselbe gezwungen werden kann, wenn

a) ein besser Berechtigter vorhanden ist oder wenn

b) ein gleich Berechtigter solches verlangt.

Ersteres ist der Fall, wenn im Wege der Klage festgestellt wurde, dass das eingetragene Waarenzeichen demjenigen, welcher es angemeldet hat, nicht zusteht, letzteres wenn ein Waarenzeichen eingetragen worden ist, welches bis-

---

[1]) Stenogr. Ber. von 1874, S. 637.

[2]) Wenn daher die Marke irrthümlich im Handelsregister gelöscht wäre, so besteht das Recht des Inhabers demungeachtet fort.

her im freien Gebrauche aller oder gewisser Klassen von Gewerbetreibenden gewesen ist.[3])

Nachdem die Löschung nur bei einem wirklich eingetragenen Zeichen stattfinden kann, muss auch Vorsorge getroffen werden, wie ein blos angemeldetes Zeichen seine Wirksamkeit verliert. Hierüber nun bestimmt das Gesetz (§ 12), dass dieselben Gründe, welche zur Löschung eines eingetragenen Zeichens führen, auch zur Beseitigung der Anmeldung führen müssen. Ausserdem kann auch der Berechtigte seine Anmeldung jederzeit zurücknehmen.

§ 53.

6. Bezeichnung mit dem Namen oder der Firma.

Die Anmeldung und daraufhin erfolgende Eintragung einer Handels- und Fabrikmarke gibt nach § 8 des Reichsgesetzes dem Inhaber der Firma, für welche angemeldet wurde, das ausschliessliche Recht,[1]) Waaren oder deren Verpackung mit diesem Zeichen zu versehen und ferner solche bezeichnete Waaren in Verkehr zu bringen. Und zwar ist dieses Recht demjenigen erworben, für welchen zuerst[2]) angemeldet ist.[3]) Ein gleiches ausschliessliches Recht hat (wie oben erwähnt) jeder Gewerbetreibende auf Bezeichnung der Waaren und deren Verpackung mit seinem Namen[4]) oder seiner Firma, sei es in vollständiger Anwendung oder in abgekürzter Form, vorausgesetzt, dass die Abkürzung nicht so ist, dass man die Firma oder den Namen nicht mehr erkennt.

In dieser letzteren Richtung bedürfen einige Punkte näherer Erörterung:

I. Es muss **sein Name**, das heisst der bürgerliche Name und zwar der Familienname des Geschäftsinhabers sein. Der blosse Vorname oder ein fingirter Name wird nicht geschützt. Auch die Genehmigung des Dritten berechtigt nicht sich dessen Namen zu bedienen.[5])

---

[3]) Der § 11 verweist zwar auf § 10, Abs. 2 allgemein; allein bei „Waarenzeichen, deren Eintragung unzulässig" ist, gibt es keine „Betheiligten"; solche müssen ohne Antrag gelöscht werden.

[1]) Ohne Rücksicht darauf, ob er selbst sich des Zeichens bedient, kann er doch jeden Anderen von dessen Gebrauch ausschliessen.

[2]) Wenn dies schriftlich geschehen, so entscheidet über die Priorität nicht das Datum der Eingabe, sondern das Präsentatum bei der Registerbehörde, vgl. Meves, Kommentar S. 193.

[3]) Natürlich ist eine legitimirte Anmeldung erforderlich, vom Inhaber der Firma selbst oder dessen befugtem Stellvertreter. Das für die Firma erworbene Recht geht aber auch auf den Geschäftsnachfolger über. Will Jemand dem Firmeninhaber deshalb das Recht zur Führung des Waarenzeichens bestreiten, weil er zur Führung der Firma nicht berechtigt sei, so muss er zuvörderst auf Bereinigung des Handelsregisters klagen. Erk. des R.O.H.G. vom 13. Dezember 1878 (Sammlung Bd. XXIV, S. 301).

[4]) Wie man die Firma anwenden will auf Bezeichnung ist irrelevant; einen Fall der Bezeichnung des Geschäftslokals selbst s. Sammlung der Entsch. des R.O.H.G. Bd. XIV, S. 184.

[5]) In der Regel wird Niemand etwas einwenden, dass Adolph Arner seine Waaren mit Balthasar Bockel zeichnet, wenn es diesem Bockel recht ist. Aber einen Schutz

II. **Wenn Name und Firma**, wie es in der Regel der Fall sein sollte, **identisch sind**, so entsteht keine Schwierigkeit. In diesem Falle wird die Benutzung sowohl des Namens wie der Firma durch den Inhaber auch dadurch nicht ausgeschlossen, dass ein Anderer gleichen Namen und gleiche Firma führt.[6] Wenn nun aber Namen und Firma nicht übereinstimmen, das heisst die Firma eine übergegangene ist? Dass hiedurch ein Anderer nicht das Recht erlangt, sich des Namens des Firmeninhabers unbefugt zu bedienen,[7] wird nicht zu bestreiten sein, ebensowenig ist zu bezweifeln, dass der Geschäftsinhaber die Wahl hat, ob er mit dem Namen oder mit der Firma die Bezeichnung vornehmen will.[8]

III. **Wer seine Firma einem Anderen überlässt**, begibt sich dadurch auch des Rechtes, sich derselben als Waarenzeichen zu bedienen. Diess tritt auch dann ein, wenn die Firma sein eigener Name gewesen ist. Zwar dem Wortlaute des Gesetzes nach wäre diese Annahme nicht begründet,[9] allein sie ergibt sich aus der Natur der Sache; das Gegentheil würde dem im Verkehre vor Allem massgebenden Treu und Glauben widersprechen. Denn gerade im Gebrauche der Firma als Waarenschützendes Zeichen kann unter Umständen die Hauptveranlassung zum Erwerbe derselben bez. des Geschäftes mit derselben gelegen sein.

§ 54.

7. Subjekt des Markenschutzrechtes. Inländer und Ausländer.

Als **Subjekt** des im Vorigen erörterten Rechtes erklärt das Gesetz (§ 13): „jeden inländischen Produzenten oder Handeltreibenden".

I. Es wäre nun allerdings eine zu enge Interpretation,[1] wenn man nach dem Worte **„jeder"** einschalten wollte „im Handelsregister eingetragenen", so dass nicht registrirte Kaufleute auch für die Waarenbezeichnung mit ihrem Namen und ihrer Firma keinen Schutz geniessen würden. Da aber anderseits die Marke (im engeren Sinne) nur von einem Firmeninhaber angemeldet werden

---

gegen irgend einen Andern, der auch mit Bockel zeichnet, geniesst der Adolph Arner nicht, und ein Geschäftsinhaber, welcher selbst auch Balthasar Bockel heisst und damit seine Waare zeichnet, kann dem Adolph Arner die Bezeichnung mit Bockel verbieten.

6) Vorausgesetzt, dass nicht eine Täuschung beabsichtigt ist (vgl. oben) und dass auch nicht ein spezielles Recht verletzt wird (vgl. unten Nr. III.).

7) Adam Amler betreibt unter der Firma Benno Bemler eine Fabrik und zeichnet seine Waaren B. Bemler. Dass demungeachtet Cuno Cumler seine Waaren nicht „Adam Amler" zeichnen darf, ist klar; denn sein Name ist das nicht.

8) Denn, wie Meves a. a. O. S. 209, Nr. 9 richtig bemerkt, es ist ein Kaufmann, der eine übergegangene Firma besitzt, nur berechtigt, nicht aber verpflichtet, sich dieser Firma anstatt seines Namens zu bedienen.

9) Der Schutz des Art. 27 des A. d. H.G.B. gegen Missbrauch der „Firma" bezieht sich nicht auf den Gebrauch der Marke; Entsch. des R.O.H.G. Bd. 4, S. 258; v. Hahn zu Art. 27, § 1; Erk. Semann a. a. O. S. 76.

1) Thöl, Handelsrecht S. 618 nimmt dieselbe an und es lässt sich nicht läugnen, dass die vielen Schwierigkeiten, die im Vorhergehenden hinsichtlich des Gebrauches des Namens und der Firma erörtert sind, durch diese strengere Ansicht beseitigt wären.

kann und die Firma rechtlichen Schutz nur geniesst, wenn sie im Handelsregister eingetragen ist, so folgt hieraus, dass man den Ausdruck „jeden" immerhin etwas limitiren muss. Und zwar dahin, dass **jeder** inländische Produzent und Handeltreibende in der Waarenbezeichnung geschützt wird, der gewöhnliche aber nur insoweit er sich seines Namens zur Bezeichnung bedient, während die Bezeichnung mit einer Firma eine registrirte Firma voraussetzt und die Eintragung bez. Anmeldung einer Schutzmarke ohnehin ohne Eingetragensein der Firma im Register undenkbar ist. Der Produzent, der Handwerker, der Kleinkaufmann kann demnach unbestritten den Schutz des Gesetzes für Waarenbezeichnung mit seinem Namen, jedenfalls aber nicht für Bezeichnung mit einer figürlichen Marke beanspruchen, zweifelhaft bleibt, ob er, wenn seine Firma nicht eingetragen ist, für die Bezeichnung mit solcher geschützt wird. [2])

II. Das Gesetz sagt: „jeder **inländische** Produzent und Gewerbetreibende." Unter „Inland" ist vor Allem nicht der einzelne Bundesstaat, sondern das gesammte Deutsche Reich zu verstehen. Ferner aber ist nicht die Nationalität des Produzenten oder Gewerbetreibenden, sondern nur der Ort der Produktion und des Gewerbebetriebes selbst zu beachten. Es kommt lediglich darauf an, wo die Niederlassung desjenigen sich befindet, der den Schutz beansprucht. Hat ein Deutscher im Gebiete des Deutschen Reichs keine Handelsniederlassung, so ist er als Ausländer, hat ein Nichtdeutscher eine solche innerhalb Deutschlands, so ist er als Inländer zu behandeln (§ 20 des Reichsgesetzes). Was nun den Ausländer betrifft, so ist er nicht völlig schutzlos; sofern in seinem Niederlassungsstaate Reziprozität besteht, hat er für Namen und Firma den gleichen Schutz, wie der Inländer, und für sein Waarenzeichen kann er ihn sich verschaffen, wenn er dasselbe beim Handelsgerichte in Leipzig anmeldet [3]) und nachweist, dass er in seinem Niederlassungslande ein Recht auf die Schutzmarke geniesst. [4])

Die Frage, ob im fremden Staate für Deutschland Reziprozität geübt wird, hat der Richter nicht materiell zu entscheiden; das Gesetz erklärt für die Entscheidung der Frage massgebend, ob eine desfallsige Bekanntmachung im Reichsgesetzblatt [5]) erfolgt ist. Diese Bekanntmachung kann einfach die Thatsache

---

[2]) Bei der Berathung des Gesetzes gab der Regierungsvertreter auf Anfrage eines Reichstagsmitgliedes (Stenogr. Ber. a. a. O. S. 636) die Erklärung ab: „dass dem Worte „Firma" keine andere Bedeutung habe beigelegt werden sollen, als es bereits jetzt nach der Reichs- und Landesgesetzgebung habe." Während Endemann a. a. O. S. 63 ff. hieraus folgert, dass jede, auch die nicht registrirte Firma geschützt sei, stützt sich Meves a. a. O. S. 210 auf diese Aeusserung zur Begründung der engeren (im Texte gleichfalls vertretenen) Ansicht.

[3]) Hiebei muss er als nothwendige Konsequenz der Anmeldung für Klagen auf Grund des Gesetzes sich der Gerichtsbarkeit in Leipzig unterwerfen (§ 20 des R.G. Nr. 1).

[4]) Er muss also alle Voraussetzungen erfüllt haben, an welche in seiner Heimath der Schutz seiner Marke geknüpft ist und er verliert auch in Deutschland den Schutz, sobald er im eigenen Lande keinen solchen mehr beanspruchen kann (§ 20 des R.G. Nr. 2 u. 3).

[5]) Nur im Reichsgesetzblatt, frühere Publikationen im Bundesgesetzblatt müssen, um Anerkennung zu finden, nochmals publizirt werden. Anderer Ansicht Meves a. a. O. S. 216, Nr. 5.

des im betreffenden auswärtigen Staate bestehenden Schutzes publiziren, sie kann aber auch darin liegen, dass ein Staatsvertrag publizirt wird, welcher den Schutz gewährt. Bekanntmachungen ersterer Art sind mir bis Schluss des Jahres 1879 nicht bekannt, Staatsverträge dagegen sind im Reichsgesetzblatte veröffentlicht mit Belgien, Brasilien, Dänemark, Frankreich, Grossbritannien, Italien, Luxemburg, Nordamerika, Norwegen, Oesterreich, Portugal, Russland, Schweden und der Schweiz, nemlich:

1) Vertrag mit Nordamerika v. 11. Dezember 1871, Art. 17 (R.G.Bl. v. 1872, S. 106);

2) Vertrag mit Portugal vom 3. März 1872, Art. 10 (R.G.Bl. S. 258);

3) Vertrag mit Schweden und Norwegen vom 11. Juli 1872 (R.G.Bl. S. 293);[6])

4) Vertrag mit Russland vom 18. August 1873 (R.G.Bl. S. 337);

5) Declaration vom 8. Oktober 1873 über Art. 11 des Additionalvertrages zum Friedensschlusse zwischen Deutschland und Frankreich (R.G.Bl. S. 363);

6) Declaration vom 14. April 1875 über Art. 2 des Handelsvertrages mit Grossbritannien (R.G.Bl. S. 199);

7) Bekanntmachung vom 20. April 1875 über den Art. 6 des Handelsvertrages mit Italien (R.G.Bl. S. 200);

8) Uebereinkunft v. 20. August 1875 zwischen Deutschland und Oesterreich (R.G.Bl. S. 259), nunmehr ersetzt durch Art. 20 des Handelsvertrages vom 16. Dezember 1878 (R.G.Bl. S. 372) und das Schlussprotokoll hierzu (R.G.Bl. S. 392);[7])

9) Uebereinkunft mit Belgien vom 13. September 1875 (R.G.Bl. S. 301);

10) Uebereinkunft mit Luxemburg vom 14. Juli 1876 (R.G.Bl. S. 169);

11) Uebereinkunft mit Brasilien vom 28. Februar 1877 (R.G.Bl. S. 406);

12) Uebereinkunft mit Dänemark vom 4. April 1879 (R.G.Bl. S. 123);

13) Der Handelsvertrag zwischen Deutschland und der Schweiz vom 13. Mai 1869, welcher in Art. 10 die Reziprozität in Bezug auf den Waarenzeichen-Schutz[8]) ausspricht, ist nicht im Reichsgesetzblatte, sondern im Bundesgesetzblatte von 1869 (S. 606) veröffentlicht. Da aber im Reichsgesetzblatte von 1880 (S. 10) enthaltene Erklärung vom 31. Dezember 1879 dessen Fortdauer bekannt macht, so dürfte von jetzt an die in § 20 geforderte „Bekanntmachung im Reichsgesetzblatte“ als erfolgt anzusehen sein.

Alle diese Vereinbarungen beziehen sich ebensowohl auf Namen und Firmen, wie auf die eigentlichen Waarenzeichen; denn wenn auch in einigen derselben nur der Waarenzeichen allein erwähnt wird, so ist doch stets die „Bezeichnung“ im weitesten Sinne gemeint.

---

[6]) Diese Bekanntmachungen sind noch unter Bezug auf § 287 des R.St.G.B. erlassen.
[7]) Durch Uebereinkunft vom 31. Dezember 1879 (R.G.Bl. von 1880, S. 10) verlängert.
[8]) Dieser Vertrag spricht nicht von den Namen und Firmen.

§ 55.

8. Die Rechtsmittel des Markenschutzes.

Der Schutz, welchen die gehörig erwirkte Anmeldung und Eintragung einer Handels- oder Fabrikmarke gewährt und welcher von Rechtswegen auch ohne Eintragung der Waaren- oder Produkten-Bezeichnung mit Namen und Firma gewährt wird, ist ein doppelter:

I. Vor Allem steht es dem Berechtigten frei, **im Wege der Klage** ohne Rücksicht auf bona oder mala fides des Contravenienten dessen Nichtberechtigung festzustellen (§ 13 des R.G.). Als Contravenient erscheint sowohl derjenige, welcher widerrechtlich [1]) Waaren oder deren Verpackung mit einem von ihm nicht angemeldeten Waarenzeichen oder mit fremdem Namen oder Firma [2]) zeichnet, [3]) als auch derjenige, welcher solche widerrechtlich bezeichnete Waaren in Verkehr bringt oder feil hält. Hiezu gehört auch, wer etwa in die rechtlich (vom Urheber) bezeichneten Gefässe oder Umhüllungen andere Waaren als die vom Urheber herrührenden verpackt.

Die objektive Widerrechtlichkeit genügt, auf die Absicht oder das Bewusstsein der Widerrechtlichkeit kommt Nichts an. Es ergiebt sich nun die Frage, ob der § 13 des R.G. lediglich die Feststellung der Nichtberechtigung zulasse [4]) oder ob die Klage auch darauf gerichtet werden könne, dem Gegner den Gebrauch fortan zu verbieten und für den Fall der Uebertretung Strafe anzudrohen. [5]) Der letzteren Ansicht [6]) hat sich das R.O.H.G. in einem Erkenntnisse vom 29. Oktober 1878 [7]) angeschlossen, ausführend: „es ergebe sich aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen, das derjenige, welchem eine ausschliessliche Berechtigung privatrechtlicher Natur zustehe, gegen Zuwiderhandelnde nicht allein auf Anerkennung seines Ausschliessungsrechtes, sondern auch auf ein Verbot fernerer Zuwiderhandlungen klagen und die Befolgung des Verbots durch die im Exekutionsverfahren zulässigen Mittel erzwingen könne“. [8])

---

[1]) Einwilligung des Berechtigten schliesst die „Widerrechtlichkeit“ aus. (Endemann.)

[2]) Es besteht aber ein Unterschied darin, dass bei der eigentlichen Waarenmarke nur die Bezeichnung derselben Waarengattung, bei Namen und Firma aber die Bezeichnung von Waaren überhaupt widerrechtlich ist, vgl. Meves a. a. O. S. 212, Nr. 17.

[3]) Auch wenn er sie nicht „in den Verkehr“ bringt.

[4]) Ich halte dies in Uebereinstimmung mit Endemann a. a. O. S. 73 u. Meves a. a. O. S. 215 für richtiger.

[5]) Bei der zweiten Lesung war hierauf ein Antrag gestellt, aber in dritter Lesung abgelehnt worden. Vgl. Stenograph. Ber. Bd. I, S. 104 u. 131.

[6]) Vertreten von Thöl, Handelsrecht S. 622 u. Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts Bd. III, S. 56.

[7]) Sammlung Bd. XXIV, S. 232.

[8]) Dies Recht gab schon Art. 27 des A. d. H.G.B. u. bei der Berathung des Markenschutz-Gesetzes habe der Regierungskommissär die ausdrückliche Erwähnung desselben für unnöthig erklärt. — Ueber die Klage auf Anerkennung der Nichtberechtigung (Ges. § 13) s. jetzt auch R.Civ.P.O. § 231; über die Vollstreckung der Verurtheilung zur Unterlassung des Gebrauches der Marke R.Civ.P.O. § 775.

II. Gegen denjenigen, welcher absichtlich oder wissentlich das Recht des Geschützten verletzt,[9]) findet wieder eine zweifache Remedur statt.

a) Der Geschützte kann die Strafgerichte anrufen,[10]) und es trifft den Contravenienten Geldstrafe von 150—3000 Mark oder Gefängniss bis zu 6 Monaten.[11])

b) Er kann auf Entschädigung klagen; diese Klage ist entweder α) vor den Handelsgerichten[12]) im gewöhnlichen Civilprozesse anzustrengen, in welchem Falle die allgemeinen Regeln[13]) über die Feststellung des Schadens gelten müssen,[14]) oder aber β) anstatt des Civilprozesses vor dem Strafrichter als Entschädigung eine ihn zu zahlende Busse bis zum Betrage von 5000 Mark erlangen.

In beiden Fällen[15]) kann der Geschützte (§ 17 des R.G.) bezüglich der im Besitze des Verurtheilten befindlichen Waaren die Vernichtung der auf denselben oder deren Verpackung vorhandenen Zeichen, und wenn deren Beseitigung nicht anders möglich ist, auch auf Vernichtung oder der Waaren selbst antragen.

Erfolgt die Verurtheilung im Strafverfahren, so ist dem Verletzten die Befugniss zuzusprechen, die Verurtheilung des Beklagten auf dessen Kosten öffentlich bekannt zu machen, wobei auch die Art und Frist dieser Bekanntmachung im Urtheil festzusetzen ist.

Die bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten aus dem Gesetz über den Markenschutz gehören nach dem R.G.Verf.Gesetz vom 27. Januar 1877 § 101, Nr. 3 c zur Zuständigkeit der landgerichtlichen Kammern für Handelssachen.

---

[9]) Aber nicht blos „zu verletzen versucht." Versuch ist nicht strafbar.

[10]) Von Amtswegen schreiten diese nicht ein, § 14, Abs. 2 des R.G.: „die Strafverfolgung tritt nur auf Antrag ein."

[11]) Ueber das Verhältniss dieser Bestimmung zu § 287 des R.St.G.B. vgl. Endemann in Busch a. a. O. S. 83 ff.

[12]) § 19 des R.G. erklärt diese Art von Klagen als Handelssachen.

[13]) Vgl. oben zu Art. 27 des A. d. H.G.B. S. 204.

[14]) Doch ist die strafrechtliche Verurtheilung Voraussetzung; der Freigesprochene kann niemals zu einer Entschädigung verurtheilt werden, vgl. Meves a. a. O. S. 224, Nr. 16.

[15]) Vgl. das Erk. des R.O.H.G. in der Sammlung Bd. XXIV, S. 284.

III. Rechte und Pflichten des Kaufmanns.

§ 56.

A. Uebersicht.

Man kann von besonderen Rechten und Pflichten des Kaufmannes in zweifacher Weise reden; man kann fragen, welche Rechte und Pflichten stehen einer Person blos deshalb, **weil** sie Kaufmann ist, zu — und man kann anderseits von Rechten und Pflichten sprechen, welche einer Person zustehen, **insofern** sie sich als Kaufmann darstellt. Die erstere Klasse hatte ehedem grosse Bedeutung und erheblichen Umfang; so lange der Kaufmannsstand ein geschlossener war, oblagen einer Person schon deshalb, weil sie zur Gilde oder Zunft gehörte, mancherlei Pflichten, und sie hatte hinwiederum mehrfache sociale und politische Rechte. Auch im Rechtsgebiete nahm der Kaufmannsstand als solcher eine besondere Stellung ein. Er allein war wechselfähig, er war von den gesetzlichen Beschränkungen des Zinsenmasses und der Zinsbeziehung [1]) befreit, ein bestimmtes eheliches Güterrecht mit ausgedehnter Schuldhaftung der Ehefrau war ihm eigenthümlich. [2]) Von diesem Allen ist im gegenwärtigen Deutschen Rechte Nichts mehr geblieben. Das moderne Personenrecht kennt keine Spezialbestimmungen für Stände, es stellt den Kaufmann als Person nicht anders wie jeden sonstigen Handlungsfähigen. Dagegen aber allerdings sind noch einzelne Rechte und Pfliehten geblieben, welche zu beanspruchen und zu erfüllen sind, insofern Jemand das Handelsgewerbe ausübt. Hiervon sind ein Theil lediglich historisch zu erklärende Abweichungen vom allgemeinen Verkehrsrechte; [3]) ein anderer Theil aber hängt mit der Eigenthümlichkeit des Handelsgewerbes zu-

---

[1]) Brinkmann, Handelsrecht S. 52.

[2]) Wenn auch nicht ganz allgemein, vgl. Endemann § 20, Note 2 u. 3.

[3]) Dieselben werden wohl mit einer Reform des Civilrechtes verschwinden; sie sind entstanden, weil man gewisse althergebrachte Sätze mit dem modernen Verkehrsrechte nicht mehr vereinbar fand, die Zuständigkeit aber fehlte, über das Gebiet des Handelsrechtes hinaus zu reformiren. Es gehören hieher die Artikel des A. d. H.G.B. Art. 78 ff., Auslegungsfreiheit für den Richter, Abschaffung der Grade der culpa, der laecio enormis, Einführung des Satzes „Hand muss Hand wahren“ und Aehnliches.

sammen und kann, wie in Art. 6 des A. d. H.G.B. geschieht, allerdings noch als „Rechte und Pflichten des Kaufmannes“ bezeichnet werden.[4]) Es sind diess die Pflicht zur Eintragung in das Handelsregister und die Pflicht zur Buchführung mit den zugleich durch die Eintragung und die Buchführung begründeten Rechten.[5])

B. Veröffentlichungspflicht.

§ 57.

1. Bedeutung derselben. Das Handelsregister.

Die Seele des Handels ist der Kredit; Kredit aber beruht auf Vertrauen und dieses tritt nicht ein ohne eine gewisse Oeffentlichkeit dessen, was man zu wissen nöthig hat, um Vertrauen schenken zu können. Daher erfordert es das kaufmännische Leben, solchen Rechtsverhältnissen, deren Kenntniss für die Möglichkeit eines gesicherten Verkehrs als geboten erscheint, eine Gemeinkundigkeit zu verschaffen, so dass sie Niemandem ohne eigenes Verschulden verborgen bleiben können.[1])

Früher war es Sache des Einzelnen, in welcher Weise er dem Publikum und seinen Standesgenossen derartige Kundgebungen bewirken wollte; Circularschreiben, Annoncen und dergleichen sind auch jetzt noch reine Privatveröffentlichungen. Allmälig nahmen die kaufmännischen Corporationen die Sache in die Hand und an diese Zeit erinnern die Börsenanschläge, die Proklame in den Innungslokalen und Aehnliches.[2]) Es konnte aber bei der allgemeinen Wichtigkeit für den gesammten handelsrechtlichen Verkehr nicht fehlen, dass auch der Staat auf die Art der Veröffentlichungen Einfluss zu nehmen bestrebt war[3]) und man schrieb gesetzlich vor, dass bei Gericht oder sonstigen Behörden Urkunden über gewisse Rechtsakte von allgemeinerem Interesse hinterlegt werden mussten. Das Wichtigste bleibt hierbei stets, dass man jederzeit mit Sicherheit Kenntniss zu erhalten vermag, wer als Geschäftsinhaber erscheint und

---

[4]) Wogegen Thöl § 52 (Note 1) sich ausspricht.

[5]) Dagegen scheint mir nicht von einem „Rechte auf Firma, auf Prokura, auf Abschluss von Handelsgeschäften“ u. dgl. gesprochen werden zu können; der Kaufmann hat immer eine Firma, ob er will oder nicht, sobald er Kaufmann ist, wird sein eigener oder ein anderer Name Firma genannt; sobald er einen Universal-Stellvertreter aufstellt, wird dieser zum Prokuristen, sobald zwei Kaufleute gemeinsam ein Handelsgewerbe treiben, sind sie eine Handelsgesellschaft; zu all diesem erscheinen sie weder berechtigt noch verpflichtet, sie **sind** es einfach.

[1]) Endemann, § 21.

[2]) Allgemein gesetzlich ist diese Veröffentlichungsform nicht mehr. Doch wurde (Prot. S. 895) bei der Berathung des Handelsgesetzbuches auf ausdrücklichen Beschluss zu Protokoll erklärt, „dass die Partikulargesetzgebungen auch anordnen können, dass die Veröffentlichungen durch Börsenanschläge erfolgen **müssen**.“

[3]) Vgl. Preuss. L.R. Th. II, Tit. VIII, §§ 505, 619. Code du Commerce Art. 2. 42, 66, 79.

wer also aus den mit einem bestimmten Geschäfte eingegangenen Rechtsverhältnissen haftbar ist, und deshalb wurde insbesondere von Staatswegen auf Führung von sogenannten **Firmenprotokollen, Geschäftsmatrikeln**[4]) u. s. w. gedrungen, welches Institut sich allmälig[5]) zu dem auch im A. d. H.G.B. aufgenommenen umfassenden **Handelsregister** entwickelte.[6])

Die Führung der Handelsregister ist den Gerichten (wo solche bestehen, den Handelsgerichten)[7]) übertragen. Die Thätigkeit des Beamten stellt sich indessen nicht als eine richterliche, sondern als eine justizpolizeiliche dar.[8])

Was nun die formalen Bestimmungen anlangt, so ist ein Handelsregister bei jedem Handelsgerichte zu führen (Art. 12, Abs. 1 des A. d. H.G.B.); die Art und Weise der Registerführung im Einzelnen ist der Landesgesetzgebung überlassen.[9]) Dasselbe zerfällt in das Firmenregister und in das Gesellschaftsregister; Zweigniederlassungen, Prokuristen u. s. w. werden in besonderen Columnen eingetragen. Die Eintragungen[10]) sollen in kurzen, deutlichen Sätzen mit möglichst guter Schrift ausgeführt, es soll Nichts ausgestrichen, radirt oder korrigirt werden, Zwischenschriften sind zu vermeiden.[11])

Die Anmeldungen zum Handelsregister können mündlich, auch durch Bevollmächtigte erfolgen (in welchem Falle ein Protokoll aufzunehmen ist), oder schriftlich, worüber die Einf.Gesetze mehrfach Näheres enthalten. Das Handelsregister ist öffentlich (Art. 12, Abs. 2). Die Oeffentlichkeit besteht in einem Dreifachen.[12]) 1) Jedermann hat das Recht auf Einsichtnahme während der gewöhnlichen Dienststunden. 2) Jedermann hat ein Recht auf beglaubigte Abschrift des Eingetragnen. 3) Jedermann soll den Inhalt auch ohne Einsichtnahme inne werden können.

---

[4]) Solche bestanden z. B. in Bayern nach § 4 der Wechselordnung von 1785.

[5]) In Wien sollen förmliche Register schon seit mehr als 100 Jahren bestehen, vgl. Prot. S. 21.

[6]) Ueber die Entstehungsgeschichte der einzelnen Artikel des A. d. H.G.B. s. v. Hahn, Bd. I, S. 57, 58 und 59.

[7]) In Preussen führen jetzt die Amtsgerichte die Register; in Bayern ist dagegen auch bei der neuen Organisation diese Pflicht den Landgerichten als Handelsgerichte verblieben, bei welchen ein „beauftragter Richter" dazu bestimmt ist, vgl. hierüber Keyssner in Busch, Arch. Bd. 40, Heft 3.

[8]) Vgl. das Erk. betreffend des Markenschutzes S. 213, Not. 23. S. auch Spiller, der Handelsrichter als Kommissarius zur Führung des Handelsregisters, 1876.

[9]) In den meisten deutschen Staaten sind die desfallsigen Instruktionen von den Justizministerien im Verordnungswege erlassen. — Ueber die Bestimmungen der Einf. Gesetze s. Selpius, S. 83 ff., und zur Kritik der Bestimmungen über die Führung v. Kräwel, Z. f. H.R. Bd. 22, S. 135.

[10]) Es kann für dieselben von der Partei eine Gebühr verlangt werden nach einer ausdrücklichen Konstatirung in dem Protokolle S. 22.

[11]) Es ist in der Regel auch vorgeschrieben, dass dauerhaftes Papier zu nehmen sei, in welche Spalten und von welchen Dimensionen die Blätter des Registers zu zerfallen haben u. s. w.

[12]) Thöl, Bd. I, S. 176, Nr. II.

1. Wer Einsicht verlangt, hat nicht etwa ein Interesse zu bescheinigen;[13]) das Gesetz geht davon aus, dass uninteressirte Personen ohnehin nicht kommen werden. Immerhin wird über die Art der Einsichtnahme eine Kontrole geübt werden können, damit das Register nicht etwa beschädigt werde. Nicht blos das Register selbst, sondern auch die Beilagen können eingesehen werden. Die „gewöhnlichen Dienststunden“ müssen dem Publikum bekannt sein.[14])

2. Das Recht auf Abschriftnahme von den Eintragungen erstreckt sich auch auf die Beilage der Eintragungen. Nur Abschriften, nicht ein Zeugniss über den Inhalt des Handelsregisters kann man verlangen; das Gericht ist daher auch nicht verpflichtet, eine Bestätigung zu ertheilen, dass ein bestimmter Eintrag nicht erfolgt sei.[15])

3. Die Eintragungen in das Handelsregister sind in öffentlichen Blättern[16]) in der Regel ihrem ganzen Inhalte nach bekannt zu machen. Ganz verboten ist die Veröffentlichung nur in einem Falle, nemlich für Name, Stand und Wohnort des Kommanditisten sowie für den Betrag seiner Vermögenseinlage (Art. 151, Abs. 3, 155 Abs. 2. 156 u. Art. 171, Abs. 2); die Veröffentlichung nur im Auszuge ist vorgeschrieben für die Errichtung und Abänderung des Gesellschaftsvertrages der Kommanditgesellschaft auf Aktien und der Aktiengesellschaft (Art. 176, 198, Abs. 2 u. Art. 210, 214, Abs. 2).[17]) Die Bekanntmachung erfolgt auf Kosten der Partei, einmal oder öfters und ohne Verzug.

An das Handelsregister schliessen sich als besondere Abtheilungen noch an 1) das Genossenschaftsregister nach dem R.Ges. vom 4. Juli 1878;[18]) 2) das Zeichenregister;[19]) 3) das Musterregister.[20])

---

[13]) Wie z. B. für Einsichtnahme der Hypothekenbücher in den meisten Rechten verordnet ist. — S. über die Einsichtüberf. Preuss. J.M. Instrukt. vom 21. Dezember 1861, §§ 49, 65, 74.

[14]) Ob in dringenden Fällen das Register auch ausser den gewöhnlichen Dienststunden eingesehen werden dürfe, ist bestritten. Vgl. Völderndorff's Kommentar Bd. I, S. 124 und 125.

[15]) Erk. des Nürnberger Handelsapp.-Ger. in Völderndorff's Sammlung, Bd. I, S. 438 und Zeitschr. für H.R. Bd. VII, S. 540. — Dass aber dergleichen doch vorkommen s. Keyssner zu Art. 12, Nr. 9, und vgl. namentlich wegen Atteste über Vollmachtseinträge Noack, Busch, Arch. Bd. IV, S. 212; Keyssner, ebenda Bd. XI, S. 193.

[16]) Im Dezember jeden Jahres bestimmt das Handelsgericht, in welchen Blättern die Bekanntmachungen für das folgende Jahr erscheinen sollen. Hört das bestimmte Blatt zu erscheinen auf, so ist es durch ein anderes zu ersetzen.

[17]) Ueber den Inhalt des Auszuges vgl. Völderndorff's Kommentar, Bd. I, S. 128 ff.

[18]) S. darüber unten Abschnitt 3 dieses Buches unter C.

[19]) S. oben S. 211, Nr I.

[20]) Nach dem R.Ges. vom 11. Januar 1876. S. unten in Buch 2, Abschn. 4. Ueber Register behufs Beurtheilung der Ausschliessung der ehelichen Gütergemeinschaft. S. Selpius, S. 17.

§ 58.

2. Umfang der Anmeldung und Eintragung.

Was ist in das Handelsregister aufzunehmen?

I. Art. 12 des A. d. H.G.B. verfügt: „die in diesem Gesetzbuche angeordneten Eintragungen.“

Angeordnet ist:

1) Jeder Vollkaufmann muss[1]) seine **Firma** und die auf dieselbe bezüglichen Thatsachen eintragen lassen. Diess geschieht beim Beginn des Geschäftes (Art. 19), bei einer Aenderung des Inhabers, bei einer Aenderung der Firma (Art. 25), bei einer Abzweigung des Geschäftes (Zweigniederlassung) (Art. 21), beim Erlöschen der Firma (Art. 25).

Die Eintragung (Aenderung, Löschung) erfolgt auf Anmeldung; die Anmeldung ist vorzunehmen beim Handelsgerichte, in dessen Bezirk sich die Handelsniederlassung — also die Hauptniederlassung oder die Zweigniederlassung[2]) — befindet. Hierbei[3]) muss die Firma vor dem Handelsgerichte persönlich gezeichnet oder die Zeichnung in beglaubigter[4]) Form eingereicht werden (Art. 19). Wer nicht schreiben kann, wäre daher eigentlich von der Anmeldung ausgeschlossen;[5]) allein diese Auslegung nach dem Wortlaute wäre zu streng[6]) und es ist, falls die Verhinderungsursache der persönlichen Unterschrift eine vorübergehende ist, die Zeichnung nachzuholen, andernfalls wie bei der Beurkundung für Analphabet überhaupt zu verfahren.

2) Die Ertheilung und das Erlöschen jeder **Prokura** ist einzutragen (Art. 45). Die Anmeldung erfolgt Seitens des Prinzipals (persönlich oder in beglaubigter Form); die Zeichnung (gleichfalls persönlich oder in beglaubigter Form) erfolgt durch den Prokuraträger.[7])

3) Alle wichtigeren Rechtsverhältnisse der **Handelsgesellschaften** sind einzutragen, nemlich:

A. Die Errichtung einer Handelsgesellschaft, sowie die Verlegung des Gesellschaftssitzes, ferner die Gründung einer Zweigniederlassung bei der offenen

---

[1]) Der unter Art. 10 fallende Kleinkaufmann **kann** die Firma anmelden, **muss** es aber nicht.

[2]) Eine besondere Bestimmung enthält noch Art. 21 Abs. 3, dass die Firma für eine Zweigniederlassung nicht eingetragen werden darf, bevor nachgewiesen ist, dass die Eintragung bei dem Handelsgerichte der Hauptniederlassung erfolgt ist.

[3]) Anmeldung und Zeichnung der Firma sind also zwei verschiedene Akte; letzterer ist höchst persönlich, ersterer kann auch durch einen Stellvertreter oder mittelst schriftlicher Eingabe geschehen.

[4]) Ueber die Form der Beglaubigung siehe Völderndorff's Kommentar Bd. I, S. 167.

[5]) Busch, Arch. Bd. III, S. 363, Goldschmidt, Zeitschrift Bd. VIII, S. 541.

[6]) Völderndorff's Kommentar, Bd. I, S. 165 ff. v. Hahn, Bd. I, S. 94.

[7]) Bei der Löschungs-Anmeldung ist der Prokurist nicht betheiligt, vgl. Völderndorff's Kommentar, Bd. I, Seite 342, Ziff. 5.

Gesellschaft (Art. 86), bei der Kommanditgesellschaft (Art. 151 u. 152), bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien (Art. 176. 179), bei der Aktiengesellschaft (Art. 210. 212).

B. Die Aenderung der Firma bei allen Gesellschaften (Art. 87 u. 155),[8]) der Eintritt eines neuen Gesellschafters bei der offenen und Kommanditgesellschaft, jede Abänderung des Gesellschaftsvertrages bei der Aktiengesellschaft und der Aktien-Kommanditgesellschaft (Art. 198 u. 214).

C. Alle das Publikum berührenden Verhältnisse über die Aktionsfähigkeit der Gesellschaften nach Aussen, also a) die Aufhebung einer Vertretungs-Befugniss eines offenen Gesellschafters, sei es von Anfang an (Art. 86, Nr. 4) oder durch nachträgliche Veränderung (Art. 87) oder bei der Kommanditgesellschaft eines persönlich haftenden Socius (Art. 158 u. 157), ebenso die nachträgliche Ertheilung dieser Befugniss (Art. 87); b) die Bestellung des Vorstandes einer Aktiengesellschaft (Art. 228), sowie die Aenderungen in diesem Vorstande (Art. 233); c) die Ernennung von Liquidatoren und die Beendigung ihrer Aufstellung bei der offenen Gesellschaft (Art. 135), bei der Kommanditgesellschaft (Art. 172), bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien (Art. 205),[9]) bei der Aktiengesellschaft (Art. 244).

D. Die Auflösung der offenen Gesellschaft (Art. 129, Abs. 1), der Kommanditgesellschaft (Art. 171), der Kommanditgesellschaft auf Aktien (Art. 201), der Aktiengesellschaft (Art. 243);[10]) ebenso die Ausschliessung oder das Ausscheiden eines offenen Gesellschafters (Art. 129, Abs. 3); eines persönlich haftenden Gesellschafters in der Kommanditgesellschaft (Art. 171, Abs. 3); des Kommanditisten mit seiner ganzen Einlage oder mit einem Theile derselben (Art. 171, Abs. 1); die theilweise Zurückbezahlung des Kapitals der Kommanditisten in der Kommanditaktiengesellschaft (Art. 203, Abs. 2) und des Grundkapitales einer Aktiengesellschaft (Art. 248, Abs. 2).

Die verschiedenen Einführungsgesetze[11]) ordnen noch andere Eintragungen an, z. B. die des ehelichen Güterstandes, der Dispositionsunfähigkeit[12]) u. s. w.

Eine wichtige Neuerung hat die Reichs-Konkursordnung in § 104 eingeführt, welcher verfügt, dass jede Konkurseröffnung unter Bezeichnung des Konkursverwalters den Registerbehörden mitzutheilen ist, damit (wie die Motive sagen) „dem öffentlichen Glauben dieser Register Genüge geleistet werde." Ebenso müssen die den eröffneten Konkurs wieder aufhebenden Entscheidungen (§ 105, § 151, § 175, § 191 der K.O.) den Registerbehörden mitgetheilt werden.

II. Indem der Art. 12 des A. d. H.G.B. sagt: „in dem Handelsregister

---

[8]) Bei der Aktiengesellschaft und der Kommanditgesellschaft auf Aktien ist dies nicht ausdrücklich verfügt, liegt aber in der Anordnung, dass jede Abänderung der Statuten registrirt werden muss.

[9]) Dieser Artikel schreibt zwar die Eintragung der Liquidatoren nicht vor, allein sie ergibt sich aus Art. 198, Abs. 2.

[10]) Ausser im Falle des Konkurses.

[11]) Vgl. v. Hahn a. a. O. Bd. I, S. 53 ff.

[12]) Z. B. Württemberg. Einf.Ges. Art. 22. Die Eintragung der ehelichen Güterstände war anfänglich allgemein beabsichtigt, vgl. Völderndorff's Kommentar, Bd. I, S. 121 ff.

seien **die im Gesetzbuche angeordneten Eintragungen** aufzunehmen", verfügt es, dass **nur diese und keine anderen** aufgenommen werden sollen. Hierbei ging man von der Ansicht aus,[13] dass wenn man dem Kaufmanne frei stellen wollte, jeder Thatsache im Handelsregister Veröffentlichung zu verschaffen, deren Kundmachung an das Publikum ihm vielleicht von Interesse erscheint, nicht nur eine Ueberfüllung des Handelsregisters unvermeidlich sein, sondern auch die Handelswelt in die den Verkehr im höchsten Grade störende Nothwendigkeit versetzt würde, bei jedem Geschäfte zahllose Vermerke der einzelnen Handelsregister durchzusehen, um sich vor Schaden zu bewahren. Deshalb wurde beschlossen,[14] dass freiwilligen Einträgen das Register nicht zu eröffnen sei.[15] Folge dieses Grundsatzes ist, dass:

a) **Handelsvollmachten**, welche nicht Prokuren sind, im Handelsregister nicht eingetragen werden können; auch nicht **Beamte** und **Bevollmächtigte einer Aktiengesellschaft.**[16] Die sogenannten **Geranten,** wenn sie zum eigentlichen Vorstande gehören, sind mit diesem, wenn sie nur Bevollmächtigte sind, gar nicht einzutragen.[17]

b) Desgleichen kann über die **Form** der Firmazeichnung, nicht aber über Modifikation der Befugnisse eines an sich zur Firmazeichnung Bevollmächtigten ein Eintrag erfolgen;[18] demnach z. B. nicht, wer bei der Aktiengesellschaft die Zeichnung des Beamten zu contrasigniren hat.

c) Anmeldungen **bevorstehender** Veränderungen in den Eingebungen (über Firmen, Prokuren, Gesellschaftsverhältnisse u. dgl.) sind unzulässig.[19]

III. Ein Satz von entscheidender Wichtigkeit ist endlich, dass im Handelsregister nur Thatsachen, nicht aber Rechtsverhältnisse eingetragen werden sollen. „Das Register soll nur den faktischen Zustand des Geschäftslebens darstellen, es soll die thatsächlichen Vorgänge (allerdings soweit sie eine rechtliche Bedeutung für den kaufmännischen Verkehr haben) zur öffentlichen Kenntniss bringen;"[20] es dient aber nicht zum Schaffen von Rechten, es begründet an sich nicht die Folge, dass was nicht existirt, dadurch dass es im Register eingetragen ist, existent wird. So hängt z. B. die Frage, ob Jemand Kaufmann sei oder nicht, ob eine Prokura rechtsgiltig ertheilt sei oder nicht, ob eine Gesellschaft eine offene sei oder nicht und so weiter, keineswegs von der Eintragung oder Nichteintragung im Register ab. Wohl aber können unter Umständen die rechtlichen Folgen, welche sich an die Thatsache knüpfen, je nach dem Inhalte des Registers verschiedene sein.[21]

---

[13]) Motive zum Preussischen Entwurf eines Handelsgesetzbuches S. 10.

[14]) Protokolle S. 80.

[15]) Ueber Eintrag im Wege des Sicherheitsarrestes s. Völderndorff's Kommentar, Bd. 1, S. 113, 282; Keyssner, Arch. Bd. 5, S. 30; Bd. 31, S. 287.

[16]) Busch, Arch. Bd. I, S. 585.

[17]) Centralorgan Bd. II, S. 141 und Neue Folge Bd. I, S. 245.

[18]) Beschluss des Kölner Apellhofes in Busch, Arch. Bd. II, S. 175.

[19]) Centralorgan Neue Folge Bd. I, S. 575.

[20]) Vgl. Völderndorff's Kommentar, Bd. I, S. 102.

[21]) Vgl. das Nähere in Völderndorff's Kommentar, Bd. I, S. 100 ff.

§ 59.

3. Vorschriften und Wirkung der Eintragung.

Die Eintragung im Handelsregister steht unter gesetzlichen Vorschriften und Wirkungen und zwar in vierfacher Hinsicht:

A. Die Erfüllung der Anmeldepflicht innerhalb bestimmter Frist [1]) und in korrekter Weise ist der disciplinaren Aufsicht der Registerbehörden unterstellt. Diese haben dieselbe mittelst **Ordnungsstrafen** [2]) zu erzwingen und sind solche Strafen angedroht in den Artikeln: 26, 45, 89, 129, 135, 154, 155, 171, 179. 198, [3]) 212, 214, 228, 233, 243, 244, 247, 251.

B. In gewissen Fällen ist **an den Eintrag eine sofortige rechtliche Wirkung geknüpft**, die entweder nicht eintritt oder deren Gegentheil eintritt, so lange der Eintrag nicht erfolgt ist. So bestimmen a) die Art. 211 und 178, dass die Aktiengesellschaft und die Kommanditgesellschaft auf Aktien vor der Eintragung als solche nicht bestehen, dass die vor der Eintragung ausgegebenen Aktien nichtig sind und dass die Ausgeber den Besitzern für allen durch die Ausgabe verursachten Schaden solidarisch haften; [4]) bei Aktienkommanditgesellschaft überdiess, wenn vor der Eintragung gehandelt worden ist, die Handelnden persönlich und solidarisch haften.

b) Auch Abänderungen des Gesellschaftsvertrages einer Aktiengesellschaft und einer Kommanditgesellschaft auf Aktien haben vor erfolgter Eintragung keine rechtliche Wirkung.

c) Der Art. 163 Abs. 3 bestimmt, dass dritten Personen der Kommanditist für die bis zur Eintragung entstandenen Verbindlichkeiten der Gesellschaft gleich einem persönlich haftenden Gesellschafter einstehen muss, wenn die Kommanditgesellschaft ihre Geschäfte begonnen hat, bevor sie eingetragen wurde.

d) Wird der Gesellschafter nicht ausdrücklich als Kommanditist eingetragen oder wird der stille Gesellschafter überhaupt eingetragen, so haften dieselben als offene Gesellschafter. (Art. 168 und 257.)

e) Die Klagverjährung gegen den Gesellschafter aus Ansprüchen gegen die

---

[1]) Für diese Fristen sind die Einführungsgesetze massgebend.

[2]) Die Ordnungsstrafen sollen „zunächst" in Geldbusse bestehen; über die Höhe ist im Handelsgesetzbuche Nichts bestimmt. Das Preussische Einführungsgesetz regelt die Sache in Art. 5 und normirt die Strafe auf 5 bis 200 Thaler mit dem Beifügen, dass Umwandlung in Gefängnissstrafe nicht stattfindet. Das Bayerische Einf.Ges. setzt — unter derselben Beschränkung — Geldbusse bis zu 300 fl. fest. Auf das Verfahren hat die neue Civilprozessordnung Einfluss gehabt, vgl. den Aufsatz von Keyssner im Busch'schen Arch. Bd. 40.

[3]) Völderndorff's frühere (Kommentar, Bd. I, S. 119, Note 12) Bemerkung über das v. Hahn'sche Citat dieses Artikels, welche übrigens keine „Rüge" (v. Hahn, Kommentar S. 70, Note 14) enthielt, nimmt er zurück; dagegen muss er sein Citat des Art. 251 aufrecht erhalten, denn mit Ordnungsstrafe ist nicht allein die blos faktische Firmaführung bedroht, sondern sicher auch die erschlichene Eintragung einer Gesellschaftsfirma, wenn der Gesellschafter nur ein stiller ist.

[4]) Diese Bestimmung ist für die Aktiengesellschaften erst durch die Novelle vom 11. Juni 1870 getroffen.

Gesellschaft beginnt nach Art. 146 Abs. 2 und Art. 172 nicht von der Thatsache der Auflösung, bez. der Ausschliessung oder dem Ausscheiden, sondern vom Moment der Eintragung dieser Thatsache.

f) Auch die Frist eines Jahres, welche nach den Artikeln 202, 203, 245, 247, 248 verstreichen muss, bis vertheilt, zurückgezahlt, fusionirt werden darf, läuft nicht von der Thatsache, auf die es ankommt, sondern erst von der Eintragung an.

C. Die dritte Art der Wirkung ist **das Entstehen einer Vermuthung**[5]) **für die Wissenschaft der** eingetragenen Thatsache und **gegen** die Wissenschaft der nichteingetragenen Thatsache.[6]) So muss der Dritte die Aenderung oder das Erlöschen der Firma oder der Prokura gegen sich gelten lassen, wenn sie eingetragen und bekannt gemacht ist, und anderseits spricht für seine Nichtkenntniss die Vermuthung, wenn sie nicht eingetragen war (Art. 25, Art. 46). Das gleiche Verhältniss waltet ob bei Aenderungen in der Vertretungsbefugniss eines Gesellschafters (Art. 87 u. 155). Hierbei ist die Regel, dass wo Beweis verlangt wird, dass ohngeachtet des Nicht-Eintrages der Dritte die Thatsache kannte, nur der Beweis der effektiven Kenntniss, nicht des „Kennenmüssens" genügt. Wo es aber darauf ankommt, ob der Dritte ohngeachtet des Eintrages die Thatsache gegen sich nicht geltend zu lassen brauche, muss bewiesen werden, dass er dieselbe weder **kannte,** noch kennen **musste.**[7])

D. Ausserdem begründet der Eintrag im Handelsregister sammt Veröffentlichung oder die Unterlassung **nur eine gewöhnliche Vermuthung,** dass die betreffende Thatsache bestehe oder nicht bestehe.[8])

C. Buchführung und Handelsbücher.

§ 60.

1. Bedeutung derselben.

Das kaufmännische Gewerbe als solches besteht im „Handeln"; jede Ausübung desselben erfolgt durch ein Geben oder Empfangen, durch eine Handlung. Allein diese blos faktische Ausübung, welche momentan eintritt und sofort wieder verflossen ist, erscheint ungenügend; die kaufmännische Thätigkeit erfordert daneben zu ihrer vollen Entwicklung eine schriftliche Beurkundung dessen, was im Geschäfte sich ereignet, die einzelnen Ausübungshandlungen sollen fixirt, sie sollen gleichsam aus der Zeit herausgehoben und aus dem Kreise des momentanen Thuns zu einer bleibenden Erscheinung umgestaltet werden. **Die schriftliche Beurkundung alles dessen, was im Geschäfte ge-**

---

[5]) Gegen welche ein Beweis zulässig ist.

[6]) Immer vorausgesetzt, dass die Eintragung auch veröffentlicht ist.

[7]) Ueber „Kennenmüssen" vgl. v. Hahn a. a. O. Bd. 61, § 7.

[8]) Vgl. die ausführliche Darstellung der ganzen Lehre in Völderndorff's Kommentar, Bd. I, S. 108—117.

schieht, heisst man die kaufmännische Buchführung. [1]) Sie ist die Grundlage des kaufmännischen Gewerbebetriebes, [2]) ohne sie ist ein reelles und solides Geschäftsleben nicht wohl denkbar. [3]) Von jeher galt es daher als erste Pflicht eines jeden Kaufmannes, ordnungsgemäss Buch zu führen, und auch nach heutigem Rechte ist der Vollkaufmann hierzu gehalten (Art. 28 des A. d. H.G.B.). So lange der Kaufmannsstand ein im öffentlichen Leben anerkannter gesonderter war, bildete die Verbindlichkeit zur Buchführung eine Standespflicht und stand unter öffentlicher Kontrole; seitdem die Trennung der Stände in politischer Beziehung aufgehört hat, bleibt die Erfüllung des gesetzlichen Gebotes zwar an sich unüberwacht, allein die Nichterfüllung hat bestimmte nachtheilige Folgen. [4]) Diese Folgen treten aber nur unter gewissen Umständen ein und daher liegt nach gegenwärtigem Rechte der eigentliche Antrieb zur Erfüllung der Pflicht zur Buchführung lediglich in der Eingangs erwähnten inneren Wichtigkeit derselben für das Geschäft, in dem Umstande, dass ohne eine solche der Kaufmann einen regelrechten Geschäftsbetrieb nicht ausüben kann und sich selbst Vermögens-Schaden zufügt.

Demnach liegt die Sache so:

1) Kaufmann ist auch derjenige, welcher keine Bücher führt; vom Minderkaufmanne wird die Buchführung vom Gesetze gar nicht verlangt, — dem Vollkaufmanne legt das Gesetz zwar die Pflicht hiezu auf, allein die Erfüllung wird weder im Disciplinarwege noch durch Androhung von Ordnungsstrafen im Unterlassungsfalle überwacht. Unterlässt der Verpflichtete die Buchführung, so bleibt er doch Kaufmann im Sinne des Gesetzes und zwar je nach seinem Geschäftsbetriebe auch Vollkaufmann.

2) Besondere gesetzliche Vortheile bringt die Buchführung nicht mit sich: [5]) deren Unterlassung aber, wo sie vorgeschrieben ist, bewirkt eine strafrechtliche Folge, jedoch er nur im Falle der Unterlassende seine Zahlungen einstellt oder in Konkurs geräth. [6]) Sofern also der Kaufmann solvent bleibt, ist es äusser-

---

[1]) Die Korrespondenz erfolgt zwar auf einzelnen Blättern (Briefen), aber auch diese werden „gebucht", Kopirbuch, Briefsammlung.

[2]) Wenn auch der ursprüngliche Grund zu besonderen gesetzlichen Vorschriften über die kaufmännische Buchführung in der Einräumung anormaler Beweiskraft der Bücher gelegen sein mag (Endemann S. 95), so ist doch diese Beweiskraft nur die äussere Folge der inneren Bedeutung der Buchführung.

[3]) Völderndorff, Kommentar Bd. I, S. 215.

[4]) Der Umstand, dass ein Kaufmann schon vor Einführung des A. d. H.G.B. sein Geschäft begonnen hatte, befreit ihn nicht von der durch das Handelsgesetzbuch aufgestellten Pflicht der Buchführung. Erk. des Berliner Obertribunals vom 20. März 1865 (Busch, Arch. Bd. VII, S. 167).

[5]) Denn Art. 34 des A. d. H.G.B. ist aufgehoben, vgl. unten.

[6]) Lag hierbei die Absicht vor, die Gläubiger zu benachtheiligen, so trifft nach Konk.Ord. § 209 Nr. 3 und 4 die Schuldner, welche Handelsbücher zu führen unterlassen haben, deren Führung ihnen gesetzlich oblag, oder welche ihre Handelsbücher vernichtet, verheimlicht oder so geführt oder verändert haben, dass dieselben keine Uebersicht des Vermögensstandes gewähren, Zuchthaus, bei mildernden Umständen Gefängnisstrafe nicht unter 3 Monaten. Fehlt die Benachtheiligungsabsicht, so tritt nach

lich für ihn einerlei, ob er Bücher führt oder nicht; ein ordentlicher Geschäftsmann aber ist er nicht, wenn er die Buchführung unterlässt.

3) Was aber die Bedeutung der Buchführung nach Aussen hin betrifft, so ist Folgendes zu erwägen. Nach den streng formalen Beweisregeln kann eine Schrift für den, der sie geschrieben, nicht beweisen;[7]) denn ausserdem könnte sich Jedermann Beweismittel schaffen nach Bedarf. Eine Ausnahme von dieser Regel findet statt, wenn diese letztere Möglichkeit durch die Natur der schriftlichen Beurkundung ausgeschlossen erscheint und diess ist der Fall in der ordnungsgemässen Buchführung eines kaufmännischen Geschäftes. Handelsbücher[8]) genossen daher von jeher einer besonderen Glaubwürdigkeit. Schon im Römischen Rechte erscheinen die Bücher (rationes) der damaligen Bankiers und Geldwechsler (argentarii et nummularii) als privilegirt;[9]) im Mittelalter wurde zuerst in Italien,[10]) später auch in Deutschland die Rechtsanschauung massgebend,[11]) dass Handelsbücher, sei es an sich, sei es unter Verstärkung durch einen Eid, als voller Beweis anzusehen seien und zwar pro scribente und gegen Dritte.[12]) Motivirte anfänglich die Doktrin diese privilegirte Stellung durch die subjektive Glaubwürdigkeit der Person, welche das kaufmännische Buch führt, also durch das Vertrauen auf den Kaufmann,[13]) so schränkte anderseits die Praxis die Wirkung des Privilegs auf Streitigkeiten zwischen Kaufmann und Kaufmann ein. Als nun aber in Folge der allgemeinen Verkehrsfreiheit dieser subjektive Standpunkt verlassen werden musste,[14]) und man sonach die persönliche Glaubwürdigkeit der Kaufleute nicht mehr zu Begründung der normalen Beweiskraft

---

Konk.-Ord. § 210, Nr. 2 Gefängniss bis zu 2 Jahren ein. Vgl. Völderndorff, Kommentar zur K.O. Bd. II, S. 625 ff.

7) Vgl. indessen hierüber Endemann, Zeitschrift von Goldschmidt Bd. II, S. 330 ff. und über die Legaltheorie des Handelsbuchs überh. dessen Beweislehre (1860) § 75.

8) Oder wie Kräwel in Busch's Arch. Bd. III, S. 167 ausführt, richtiger „Handlungsbücher."

9) Vgl. Kraut, de argentariis et nummulariis. Göttingen 1826.

10) In den Statuten von Bologna vom Jahre 1757 findet sich bereits eine ausführliche Bestimmung über die Beweiskraft der Handelsbücher, vgl. v. Märtens, Ursprung des Wechselrechtes, Arch. Nr. 10, S. 57.

11) Pemsel, Die Fassung des Bucheides (1866) S. 1 und 2.

12) Endemann, Beweislehre S. 312, Note 16.

13) Man betrachtete die Selbstverständlichkeit forderungsgemässer Buchführung als einen Ausfluss der kaufmännischen Ehre und mit Rücksicht darauf, dass der gesammte kaufmännische Verkehr auf Treue und Glauben beruht, nahm man an, es könne solche präsumirt werden (Pöhls, Darstellung des Handelsrechts, Bd. I, S. 351).

14) Ein Erk. des vormaligen Handelsappellationsgerichtes zu Nürnberg vom 20. April 1864 (Völderndorff's Sammlung, Bd. I, S. 439) sagt: „Bei dem gegenwärtigen Stande der Gesetzgebung, wonach der Kaufmannsstand nicht mehr ein streng geschlossener, auf verhältnissmässig wenig zahlreiche und sich wechselseitig im Geschäfts- und Privatleben genau kennende und kontrolirende Personen beschränkter Stand ist, sondern ohne Konzession, obrigkeitliche Ermächtigung oder Prüfung der Geschäftskunde, persönlicher Tüchtigkeit und des Leumundes — Jeder sich als Kaufmann geriren kann und darf, würde die Vermuthung, dass ein Jeder, welcher Handel treibt und ein Buch führt, auch ein redlicher und wahrheitsliebender Mann sei, nicht begründet erscheinen.

ihrer Bücher zu benutzen vermag, kann das Motiv, weshalb den Einträgen in die Handelsbücher eine bevorzugte Bedeutung beigemessen werden solle, nur darin gefunden werden, dass die kaufmännische ordnungsgemässe Buchführung **in sich selbst** eine gewisse Garantie dafür enthält, dass das was sie konstatirt, der Wirklichkeit entspricht. Denn die Beschaffenheit der Buchführung bringt es mit sich, dass in derselben jeder Versuch, sich nachträglich ein Probemittel durch einen willkürlichen Eintrag zu schaffen, ausgeschlossen ist, und wenn die feststehenden Regeln der Handelswissenschaft beachtet werden, erscheint das hiernach geführte Buch als eine betrüglichen Manipulationen unzugängliche unparteiische Beurkundung der thatsächlichen Verhältnisse. Das kaufmännische Buch ist hiernach nicht in der Absicht geführt, Beweismittel zu erlangen, sondern Thatsachen für die Erinnerung festzuhalten; [15]) im Momente der Beurkundung lässt sich nicht ermessen, ob die Thatsache, welche beurkundet wird, dem Buchführenden vortheilhaft oder nachtheilig sein werde, und eine nachträgliche willkürliche Aenderung findet nicht Raum bei ordnungsgemässer Buchung. **Man glaubt dem Kaufmann nicht, weil er ein Kaufmann ist, sondern weil und soweit er kaufmännisch gebucht hat.**

Indessen auch dieser Standpunkt ist von der modernen Gesetzgebung verlassen und wohl mit Recht. Denn leider ist die moderne Art des kaufmännischen Verkehrs wenig geeignet, den Karakter der Buchführung, wie er nothwendig wäre, um denselben als glaubwürdiges Beurkundungsgeschäft erscheinen zu lassen, zu wahren. Fast in keinem Etablissement werden die Thatsachen sofort, wie sie eintreten, gebucht; die Buchführung folgt vielmehr erst Tage, Wochen, ja Monate dem Faktum nach, und es ist klar, dass damit der Anspruch auf besondere innere Glaubwürdigkeit unvereinbar ist.

Während demnach noch das A. d. H.G.B. in seinen Art. 34 und 35 davon ausging, dass ordnungsgemäss geführte kaufmännische Bücher [16]) in Handelssachen hinsichtlich ihrer Einträge unter Kaufleuten einen unvollständigen durch den Eid oder andere Beweismittel ergänzbaren Beweis liefern sollten, [17]) haben nach der Reichscivilprozessordnung, nachdem der § 13 des Einf.Ges. die obigen Artikel des H.G.B. aufgehoben, Handelsbücher für den Beweis keinerlei besondere gesetzliche Bedeutung mehr. Faktisch natürlich wird der Richter, wenn er in Gemässheit des § 259 der C.Pr.O. seine Ueberzeugung bildet, immer noch dem Inhalte eines ordnungsgemäss geführten Handelsbuches eine erhebliche Berücksichtigung zuwenden. Er ist nicht gehindert, sogar demselben vollen Glauben beizulegen.

---

[15]) Vgl. Endemann in der Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. II, S. 344 ff.

[16]) Der richterlichen Prüfung blieb anheimgestellt, wie weit eine Unregelmässigkeit in das Gewicht fallen solle und auch welchem von zwei sich widersprechenden Büchern die grössere Glaubwürdigkeit innewohne.

[17]) Diese Beweisfähigkeit galt sowohl zu Gunsten des Buchführers als gegenüber von Dritten; ob auch Nichtkaufleuten gegenüber, darüber entschieden die Partikularrechte.

§ 61.

2. Beschaffenheit der Buchführung.

Das A. d. H.G.B. gibt für das System der Buchführung nur den einen Anhaltspunkt (Art. 28 Abs. 1), dass aus den Büchern **die Handelsgeschäfte des Kaufmannes und die Lage seines Vermögens vollständig zu ersehen** sein müssen. Es heisst nicht „jederzeit“;[1]) der Umstand allein, dass man die einzelnen Einträge der Bücher vergleichen, dass man Berechnungen anstellen, dass man noch andere Behelfe zur Hand nehmen muss, um den Stand des Handelsgeschäftes und die Vermögenslage klar zu übersehen, macht die Buchführung noch nicht zu einer ordnungswidrigen. Es heisst aber auch nicht: „dass er ersehen könne.“ Bücher, in denen nur der Buchführende selbst sich auskennt, die ein Dritter nicht versteht oder nicht zu beurtheilen versteht, sind keine ordnungsgemässen.[2])

Eine weitere Vorschrift über Zahl, Beschaffenheit und Art der Bücher ist im Gesetzbuche nicht enthalten. Sofern nur die Buchführung des Kaufmannes der im obigen aufgeführten Anforderung genügt, ist es im Uebrigen vollkommen in sein Belieben gestellt, wie er buchen will. Indessen kann ohne gewisse Formen und ohne eine plangemäss nach bestimmten Grundsätzen geordnete Aufzeichnung die Buchführung eben jenen Zweck, die Handelsgeschäfte und den Vermögensstand vollständig übersehen zu lassen, nicht erfüllen. Erwägt man dazu das zweite oben bemerkte Moment, dass die Buchführung auch für Dritte verständlich sein muss, so ergibt sich von selbst für den Kaufmann, welcher der gesetzlichen Pflicht genügen will, die Nothwendigkeit, das im Allgemeinen durch Erfahrung und Wissenschaft als „kaufmännische Buchführung“ anerkannte System wenigstens in seinen Hauptgrundsätzen nicht zu verlassen.

Diese Grundsätze sind in Kurzem folgende:

I. Für das **Gesammtvermögen** des kaufmännischen Geschäftes stellt sich jeder einzelne Vorgang dar: entweder als **Mehrung** des Besitzstandes, der Kasse, oder aber als **Minderung** derselben; zugleich muss aber selbstverständlich dadurch für den anderen an dem Vorgange Betheiligten, für den Kunden entweder eine Schuld oder ein Guthaben entstehen. Für Alles, was dem Geschäfte durch den einzelnen bestimmten Vorgang zugeht, dafür schuldet es, es wird faktisch dadurch „belastet“,[3]) es soll seinerseits dafür Etwas thun, es mehrt sich sein „Soll“, Debet. Dagegen gewinnt das Geschäft für Alles, was durch den einzelnen bestimmten Vorgang von ihm wegkommt, ein Guthaben, dieses fällt also in sein

[1]) Wie der Preuss. Entwurf vorgeschlagen hatte.

[2]) Vgl. Völderndorff's Kommentar zur Konk.Ord. Bd. II, S. 636 und 638.

[3]) Rechtlich natürlich nicht immer; denn wenn z. B. dem Kaufmann eine Forderung bezahlt wird, so erhält er nur, was ihm rechtlich schon gehört. Er „soll“ aber den Zahlenden nicht mehr weiter anfordern; er „schuldet“ kaufmännisch dem Schuldner Entlastung von dessen Schuld.

„Haben“,[4]) Credit,[5]) da es dafür seinerseits Etwas zu fordern hat. Umgekehrt stellt sich natürlich der Vorgang in der Richtung der Kunden dar, was das Geschäft diesem **soll, das hat** derselbe, **das wird** ihm „**gutgebracht**“, dafür wird er als berechtigt „erkannt“. Was aber er dem Geschäfte schuldet, dafür wird er von diesem „belastet“.

Wird nun in der Buchführung jeder Vorgang nur in seiner einfachen Funktion als Mehrung oder Minderung des Geschäftsvermögens vorgetragen, so genügt hierzu die **einfache Buchhaltung.** Wird aber in Betracht genommen, dass, abgesehen von Mehrung oder Minderung des **Vermögens**, ein jeder Geschäftsvorgang auch nothwendigerweise eine Veränderung in dem **Besitzstande** mit sich bringt und will man diese Veränderungen mit beurkunden, so erfordert diess die sogenannte **doppelte** Buchhaltung.[6]) Diese letztere allein lässt auch diejenigen Geschäftsvorgänge erkennen, welche nur eine Veränderung im Besitzstande, nicht aber zugleich eine Mehrung oder Minderung im Vermögen bewirken. Um indessen dieses zu ermöglichen, müssen die einzelnen Bestandtheile des Besitzers als selbständig gedacht und gleichsam als handelnde Personen fingirt werden, die doppelte Buchhaltung bedarf daher der sogenannten Conti finti.[7]) Diese fingirten oder **todten** Conti (auch Sachen- oder Hilfs-Conti genannt) stehen den Personen-Conti, den eigentlichen Kunden zur Seite.

II. Abgesehen von dieser Form der Buchung des einzelnen Geschäftes gibt es zwei verschiedene Arten der Buchung der Geschäfte überhaupt. Man kann dieselben nemlich in historischer Reihenfolge einschreiben und man kann dieselben systematisch ihren Resultaten nach zusammenstellen. Die erstere Klasse ist diejenige der **Tagebücher, Journale**, die zweite Klasse ist jene der **Hauptbücher, Contobücher.** Auf diese zwei Kategorien lassen sich alle in der Praxis gebrauchte Bücher zurückführen; sie sind entweder modifizirte Journale oder modifizirte Contobücher. Eine genaue Darstellung der sämmtlichen Buchformen, welche im Handel vorkommen, lässt sich schon deshalb nicht geben, weil Mode, Ortsgebrauch auch individuelle Willkür eine unübersehbare Varietät hervorrufen. Die gewöhnlichen Bücher indessen sind:

---

[4]) Früher „Soll haben“.

[5]) Der Ton liegt hier auf der ersten Silbe, Crédit; wer viel im Crédit stehen hat, der hat viel Kredit.

[6]) Wenn dem Kaufmann A der Kunde B für ehedem gelieferte Waaren den rückständigen Betrag von 1000 M. bezahlt, so kann A einfach in seinem Kassabuch eintragen: „Zahlung von B 1000 Mark“. Wenn er aber auch die Aenderung des Besitzstandes vermerken will, so muss er neben der Belastung seines Kassakontos mit 1000 Mark zu Gunsten des B, auch für denselben Betrag den Konto des B entlasten.

[7]) Wenn Kaufmann A zur Sicherstellung seines Etablissements das bisher miethweise innegehabte Haus um 50,000 Mark kauft und bezahlt, so ist er an sich weder reicher noch ärmer. Um also doch eine Mehrung einerseits und eine Minderung andererseits und damit die Aenderung im Besitzstande zu bekunden, muss der Kassa- oder der Kapital-Konto (je nachdem die Zahlung aus der laufenden Einnahme geleistet wird oder nicht) dem Immobilien-Konto gegenüber gestellt werden, der eine hat dem andern 50,000 Mark gegeben.

A. **bei der einfachen Buchhaltung:**

1) Das **Memorial, Journal,** auch **Prima Nota** genannt, neben welchen zum sofortigen Eintrag im Tagesgeschäft die Strazze (Kladde, Brouillon) geführt wird;

2) das **Kassabuch;**

3) das **Hauptbuch, Kontokorrentbuch;**

4) das **Waarenbuch, Waarenscontro,** bei gewissen Geschäften auch ein **Wechselscontro.** [8])

B. **Bei der doppelten Buchhaltung:**

1) **Kladde,**

2) **Memorial,**

3) **Kassabuch,**

4) **Journal,**

5) **Hauptbuch.** [9])

Von diesen Büchern sind Kladde, Memorial, Kassabuch und Hauptbuch identisch mit den unter A. erwähnten, nur hinsichtlich der Form der Buchung verschieden. Das Journal der doppelten Buchhaltung aber pflegt sich vom Memorial dadurch zu unterscheiden, dass man in demselben die Geschäfte der einzelnen Kunden zusammenstellt, und dadurch eine bessere Uebersicht gewinnt.

III. Neben den eigentlichen kaufmännischen Büchern bildet die Korrespondenz die Hauptgrundlage zur vollständigen Kenntniss der Geschäftsvorgänge. Deshalb legt **Art.** 28 Abs. 2 des A. d. H.G.B. die Pflicht auf, die empfangenen Handelsbriefe aufzubewahren [10]) und eine Abschrift der abgesandten Handelsbriefe, welche nach der Zeitfolge in ein Kopirbuch eingetragen werden sollen, zurückzubehalten. Diese Abschrift muss indess keine wörtliche sein [11]) und ebenso ist die Pflicht nicht auf **alle** Geschäftsbriefe erstreckt. [12]) Es genügt die Aufbewahrung der wichtigeren empfangenen und die Notirung des Hauptinhaltes der abgesandten. Die Abschriftnahme kann mittelst Kopirmaschinen erfolgen, weshalb das Gesetz in Parenthese das Wort „Abdruck" beigefügt hat. Indessen müssen die Abdrücke in das Buch selbst gemacht werden, Copieen auf einzelne Blätter, welche erst nachträglich zusammengebunden werden, sind dem Gesetze nicht entsprechend.

---

[8]) Der Wechselscontro zerfällt in grossen Geschäften in verschiedene Unterbücher, vgl. Völderndorff's Kommentar Bd. I, S. 228, Note 50.

[9]) Ueber die gebräuchlichen Hülfsbücher siehe Völderndorff's Kommentar Bd. I, S. 230. S. weiter S. Salemon, Komtoirhandbuch 1877; Schuhmacher, Grundriss der kaufm. Buchführung. — Zur Geschichte der Buchführung s. auch E. Jäger, Lucas Pacciold und S. Starin nebst einigen jüngeren Schriftstellern über Buchhaltung 1877, und drei Skizzen zur Buchhaltung 1879.

[10]) Ueber die Art der Aufbewahrung bestimmt das Gesetz Nichts. Art. 8 des Code du commerce schreibt vor: mettre un liasse, in Packete binden.

[11]) Der desfallsige Preussische Vorschlag wurde nicht angenommen. Prot. S. 44.

[12]) Vgl. Völderndorff's Kommentar Bd. I, S. 234 und 235 und Anschütz in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. I, S. 219.

§ 62.

3. Die Vorschriften des H.G.Buchs über die Buchführung.

„Bei der Führung der Handelsbücher und bei den übrigen erforderlichen Aufzeichnungen (also bei der Inventarisation und Bilanz)[1]) muss sich der Kaufmann einer lebenden Sprache und der Schriftzeichen einer solchen bedienen." (Art. 32 Abs. 1 des A. d. H.G.B.) Aus der Entstehungsgeschichte[2]) dieser gesetzlichen Bestimmung ergibt sich, dass man als todte Sprache besonders die hebräische ausschliessen,[3]) unter lebenden Sprachen aber nicht blos die bei uns üblichen (deutsch, französisch, englisch und italienisch), sondern auch solche, die weniger Gang und Gäbe sind, z. B. türkisch verstehen wollte.[4])

I. In Bezug auf die Formalien schreibt das Gesetz vor, dass die Bücher gebunden und jedes von ihnen Blatt für Blatt mit fortlaufenden Zahlen versehen sein muss. (Art. 32 Abs. 2 des A. d. H.G.B.) „Gebunden", also nicht blos geheftet[5]) oder zusammengesetzt; jedes „Blatt", nicht jede Seite, so dass bei den sog. Konto-Büchern die Bezeichnung der linken Seite des einen und der rechten Seite des anderen Blattes mit derselben Zahl nicht ausgeschlossen erscheint.[6])

II. Zwei weitere zur Sicherheit der Bucheinträge gegebene Formvorschriften sind in Abs. 2 des citirten Art. 32 des A. d. H.G.B. enthalten. Erstens sollen an Stellen, welche der Regel nach zu beschreiben sind, keine leeren Zwischenräume gelassen werden und zweitens soll der einmal vorhandene Eintrag unverändert bleiben.

1) „Was der Regel nach beschrieben zu werden pflegt" ergibt sich aus der kaufmännischen Uebung und der Natur der Sache. So ist es zulässig, bei Briefkopieen (wegen der Leserlichkeit) die Rückseite leer zu lassen, bei zwei einander gegenüberstehenden Kontokorrent-Seiten die Saldi in gleicher Höhe zu ziehen, wodurch die Seite mit weniger Posten einen leeren Raum zeigt.[7]) Um-

---

[1]) Auch bei der Korrespondenz? Ich glaube wohl; sofern aber die Briefe nicht im Kopirbuch eingetragen und nicht aufbewahrt werden, lässt sich natürlich die Erfüllung der gesetzlichen Pflicht nicht kontroliren.

[2]) Prot. Bd. I, S. 48.

[3]) Die sogenannte „jüdische Sprache", welche bekanntlich auch eine besondere Kursivschrift besitzt (die indess häufig als sog. Rabbinerschrift nur zur Schreibung der eigenen Landessprache benutzt wird), ist gleichfalls verboten, vgl. Zentralorgan von 1863, S. 41.

[4]) Doch darf man hier nicht zu weit gehen, vgl. Völderndorff's Kommentar, Bd. I, S. 244. Freilich schliesst das praktische Leben hier ohnehin das Ueberflüssige aus.

[5]) Kriterium ist, ob man unbemerkt nachträglich Blätter herausnehmen und einfügen kann. Erscheint diese Manipulation ausgeschlossen, so ist das Buch „gebunden".

[6]) Dies ist sogar allgemein üblich, weil die linke Seite das „Soll", die rechte das „Haben" enthält.

[7]) Durch die allerdings ein Querstrich gezogen zu werden pflegt.

gekehrt werden (obwohl das Gesetz dies nicht ausdrücklich sagt) Einträge auf Stellen, die nach kaufmännischer Uebung leer bleiben, unzulässig erscheinen.[8])

ad 2) Radiren oder sonst vollständig (z. B. durch chemische Mittel) beseitigen ist jedenfalls verboten. Durchstreichen,[9]) corrigiren[10]) und dergleichen ist dann unzulässig, wenn dadurch der erste Eintrag unleserlich wird. Prinzip ist: jede Veränderung, welche sich nicht als Beurkundung eines späteren Vorganges darstellt, soll vermieden werden.

III. Als ergänzende Verpflichtung zur Buchführung besteht die Verbindlichkeit zur Aufbewahrung der geführten Bücher, der empfangenen Handelsbriefe, der Inventuren und Bilanzen.[11]) Art. 33 des A. d. H.G.B. bestimmt die Dauer dieser Aufbewahrungspflicht auf zehn Jahre und zwar vom Tage an gerechnet, an welchem in die Bücher die letzte Eintragung erfolgte oder, wenn dieser Tag nicht zu ermitteln ist, an welchem der Eintrag über das streitige Geschäft ordnungsgemäss hätte erfolgen sollen.[12]) Wird in ein bereits geschlossenes Buch nachträglich eine Einschreibung irgend welcher Art vorgenommen, so beginnt der Lauf der zehnjährigen Frist von Neuem.[13]) Wann die Frist der Verbindlichkeit zur Aufbewahrung der Handelsbriefe, Inventuren und Bilanzen beginne, bestimmt das Gesetz nicht. Man kann indessen nicht annehmen, dass dieselbe erst mit dem Aufhören des Handelsgeschäftes zu laufen anfange,[14]) sondern jeder Brief muss zehn Jahre lang von seinem Datum an, die Inventur und Bilanz zehn Jahre lang nach der Aufstellung aufbewahrt bleiben. Auf die Belege (Fakturen, Wechsel u. s. w.) erstreckt sich die Aufbewahrungspflicht nicht.[15])

Was die Folgen der Zuwiderhandlung gegen die gesetzliche Vorschrift betrifft, so ist vor Allem auf die Bestimmung der K.O. § 209 Ziff. 4 und § 210 Ziff. 2 hinzuweisen, welche die Vernichtung der Bücher unter Umständen unter Strafe stellt. Ausserdem wird das Gericht den nach § 391 der R.Civ.Pr.O. zu leistenden Eid entsprechend zu normiren haben, indem es hinsichtlich der Handelsbücher nicht genügen wird, zu beschwören, dass dieselben nicht in doloser Absicht beseitigt wurden. Vielmehr wird die Rechtsfolge des § 392 der

---

[8]) Z. B. eine auf der Rückseite einer Briefkopie geschriebene Briefkopie wäre verdächtig, vgl. Anschütz in Goldschmidt's Zeitschrift Bd. I, S. 219 ff.

[9]) Wenn dagegen durch einen über einen Eintrag gezogenen Querstrich die Erledigung (z. B. die Zahlung der eingetragenen Faktura) kundgegeben wird, ist dies nicht verboten.

[10]) Bei irrigen Einträgen wird die Korrektur durch nochmaligen richtigen Eintrag geübt. Handelt es sich um Irrthum in der Qualität als „Soll" oder „Haben", so wird stornirt, das heisst das irrthümlich Gebuchte auf der Gegenseite gleichfalls gebucht.

[11]) Und zwar im Original; ein Erk. des Obertribunals zu Berlin vom 10. Mai 1872 (bei Oppenhof Bd. XIII, S. 298) erklärt es für genügend, wenn eine wortgetreue Abschrift behalten wird. Indessen nur in Bezug der strafrechtlichen Zurechnung.

[12]) v. Hahn a. a. O. Bd. I, S. 150, § 4.

[13]) Vgl. Völderndorff's Kommentar Bd. I, S. 247, Note 3.

[14]) Wie z. B. das Spanische Gesetzbuch Art. 55.

[15]) Die Kommission zur Berathung des Handelsgesetzbuches hatte in ihrer I. Lesung diese Verbindlichkeit festgesetzt, in II. Lesung aber wurde die desfallsige Bestimmung gestrichen.

R.Civ.Pr.O. auch dann eintreten, wenn nicht eine unverschuldete Unmöglichkeit die Bücher, welche gesetzlich aufzubewahren waren, vorzulegen nachgewiesen oder beeidet ist.[16])

§ 63.

4. Inventur und Bilanzziehung.

Wenn die Bücher ihren Zweck erfüllen sollen, die Lage des Vermögens des Buchführenden jederzeit vollständig ersehen zu lassen, so muss von Zeit zu Zeit das Resultat der einzelnen Beurkundungen in ein Resultat zusammengefasst werden und zwar nicht nur der leichteren Uebersicht wegen, sondern insbesondere auch um eine Basis zu gewinnen, auf welcher in den Berechnungen fortgebaut werden kann. Dieses Resultat nun gewinnt man durch **Inventarerrichtung** und durch **Bilanzziehung**.

I. Mit der **Inventur** (Inventarisation, Inventarerrichtung) beginnt der Kaufmann sein Gewerbe und an jedem Jahresschlusse wiederholt er die Inventarisirung. Nur wenn die Inventur des Waarenlagers nach der Beschaffenheit des Geschäftes nicht füglich in jedem Jahre geschehen kann, gestattet das Gesetz (Art. 29 Abs. 2 des A. d. H.G.B.) hiefür einen Zeitraum von zwei Jahren.[1])

Das Inventar lässt sich als „Konto des Etablissements" bezeichnen;[2]) es hat im Haben sämmtliche Aktivbestände des Geschäftsvermögens: die Grundstücke, die Mobilien, das Waarenlager, das Baargeld, die Wechsel, die Werthpapiere, die Forderungen und Ausstände aufzuführen; im Soll sind die Passiven aller Art, insbesondere die Hypotheken und Kurrentschulden, die acceptirten Wechsel, die unbeglichenen Fakturen u. s. w. aufzunehmen. Die „Inventarisirung" verzeichnet hiebei die Objekte als solche und nimmt sie im Inventar als in Geld angeschlagene, als **geschätzte** Vermögensbestandtheile auf.[3])

II. Das Ergebniss der Inventarisation zeigt die **Bilanz**; dieselbe zieht das Resultat des Inventars, sie stellt das Aktivum und Passivum, das Soll und Haben des Etablissements-Konto einander gegenüber und gleicht es ab, so dass es „bilanzirt", das heisst, dass die Gesammtsumme des Kredit dieselbe wie diejenige des Debet ist. Hiezu bedarf man in der Regel[4]) eines ausgleichenden Postens, des „Saldo auf neue Rechnung", und je nachdem dieser im Soll oder im Haben nöthig wird, ergibt sich, ob das Geschäft Vermögen hat oder überschuldet ist.[5]) Die Bilanz muss jedes Jahr gezogen werden, auch dann wenn

[16]) Vgl. Völderndorff's Kommentar, Bd. I, S. 285 ff. Vollständig lassen sich indessen die früheren Argumentationen wegen der inzwischen eingetretenen Aufhebung des Art. 34 ff. nicht mehr anwenden.

[1]) Hiergegen kann sich weder auf entgegenstehenden Gebrauch, noch auf Unmöglichkeit berufen werden, vgl. Busch, Arch. Bd. X, S. 314.

[2]) Vgl. Völderndorff, Kommentar zum A. d. H.G.B. Bd. I, S. 236 ff.

[3]) Nähere Details über die Form und so weiter gibt Völderndorff, Kommentar zur Konkursordnung, Bd. II, S. 233 ff.

[4]) Wenn nemlich nicht zufällig beide Summen an sich gleich sind.

[5]) Und zwar in umgekehrtem Verhältniss: Vermögen zeigt den Ausgleichsposten in Soll, Ueberschuldung den Ausgleichsposten in Haben.

das Waarenlager nur alle zwei Jahre gefordert ist. Natürlich darf im letzteren Falle nicht das frühere Inventar des Vorjahres unverändert, sondern nur entsprechend modifizirt benutzt werden.[6])

III. **Die Zeit der Inventarisirung und Bilanz** ist frei gestellt; man kann das Jahr vom Beginne des Geschäftes rechnen, man kann das Kalenderjahr oder das Etatsjahr oder die Messzeit[7]) zu Grunde legen, nur darf der Zwischenraum vom ersten zum zweiten Male (und so fort) nicht länger als ein Jahr betragen.[8])

IV. Was **die Form** anbelangt, so kann das Inventar und die Bilanz in ein besonderes Buch eingeschrieben oder jedesmal besonders aufgestellt werden; in diesem letzteren Falle aber sind die einzelnen Aufnahmen zu sammeln und in geordneter Reihenfolge aufzubewahren. Zur Bestätigung muss der Kaufmann und wo mehrere Geschäftsinhaber[9]) sind, sämmtliche mit seinem kaufmännischen Namen unterzeichnen und zwar sowohl das Inventar als die Bilanz. (Art. 30 des A. d. H.G.B.)

Diese Unterzeichnung ist nicht eine leere Förmlichkeit, sie soll als Anerkennung der Richtigkeit dienen und hat deshalb eine besondere Bedeutung bei Gesellschafts-Inventaren[10]) und Bilanzen. Denn bei diesen ist während des Bestehens die jährliche Einigung über Inventar und Bilanz (welche durch die Unterschrift dokumentirt wird) das Einzige, was zur Ordnung der Ansprüche und Gegenansprüche der Sozien geschehen kann. Deshalb muss auch eine Klage auf Erklärung über Inventar und Bilanz gegen die der Unterzeichnung sich weigernden Mitgesellschafter zugelassen werden.[11])

Die Anerkennung des Inventars involvirt übrigens noch nicht zugleich die Genehmigung der Bilanz; denn es kann, ohngeachtet die einzelnen Ansätze des Inventars nicht bestritten werden, doch die Art und Weise bemängelt werden, in welcher sie bilanzirt sind.[12])

V. Das Gesetz verfügt noch besonders, dass **bei Gesellschaften** die für Inventarisirung und Bilanzziehung gegebenen Vorschriften in Bezug auf das Gesellschaftsvermögen zur Anwendung zu kommen haben.[13]) (Art. 29 Abs. 3

---

[6]) Vgl. hierüber Völderndorff, Kommentar zum A. d. H.G.B. Bd. I, S. 238.

[7]) Etwa von Ostermesse zu Ostermesse.

[8]) Das Erk. des Berliner Obertribunals vom 16. Mai 1866 (Busch, Arch. Bd. X, S. 313) scheint dem zu widersprechen und für jedes Kalenderjahr, einerlei wann das Geschäft eröffnet worden, die Bilanzziehung vorzuschreiben. Allein die faktische Feststellung des Erkenntnisses zeigt, dass das Gericht nur die Thatsache als strafbar erklärte, dass länger als 365 Tage lang das Geschäft ohne Bilanzirung geführt worden ist, und dass nur die Ueberschrift eine allzuweite Fassung erhalten hat.

[9]) Der stille Gesellschafter, der Kommanditist unterzeichnet nicht; bei der Aktiengesellschaft unterschreiben natürlich nicht die Aktionäre, sondern die mit der Geschäftsführung Beauftragten.

[10]) Vgl. auch Art. 91 Abs. 2 des A. d. H.G.B.

[11]) Vgl. das Erk. des Handelsapp.Ger. zu Nürnberg in Völderndorff's Sammlung Bd. II, S. 91 und Busch, Arch. Bd. VII, S. 349.

[12]) Vgl. Busch, Arch. Bd. III, S. 385.

[13]) Vgl. über die Frage des Zusammenwirkens der Gesellschafter hierbei Busch, Arch. Bd. XXIII, S. 471 ff.

des A. d. H.G.B.) Hiemit soll ausgesprochen sein, dass dieses letztere Vermögen **allein** den Gegenstand des Inventars und der darauf ermittelten Bilanz bilden darf und dass demnach das Resultat ohne Rücksicht auf das daneben stehende Privatvermögen der Gesellschafter zu betrachten ist. Eine Gesellschaft erscheint demnach dann als überschuldet, wenn die Passiven der Gesellschaft das aktive Gesellschaftsvermögen übersteigen. Der Umstand, dass dieser Schuldenüberschuss in Folge der subsidiären Haftbarkeit der Gesellschafter aus dem Privatvermögen eines oder aller Gesellschaften Deckung finden werde, schliesst die Gesellschafts-Insolvenz nicht aus.

VI. Die wichtigste Frage ist, **in welcher Weise behufs Einstellung im Inventar und behufs der darauf zu gründenden Bilanz die einzelnen Vermögensbestandtheile gewerthet werden sollen**; denn es ist klar, dass hievon die eigentliche Bedeutung der beiden Akte abhängt.[14]) Das Gesetz bestimmt nun (in Art. 31 des A. d. H.G.B.) hierüber Dreierlei:

A. Vor Allem sind **uneinbringliche Forderungen** „abzuschreiben". Dies gilt selbstverständlich für alle anderen werthlosen Vermögensbestandtheile gleichfalls. Die Ladung eines Schiffes z. B., von welchem man so lange Nichts mehr gehört hat, dass es als verloren gelten muss, darf man nicht mehr als Inventarobjekt ansehen. Eine weitere Konsequenz des Grundsatzes ist,[15]) dass, nachdem sich die zum Gebrauche dienenden Objekte durch den Gebrauch abnützen und daher stets ein ideeller Theil derselben allmälig werthlos wird, dieser werthlos gewordene Theil bei der Inventarisation „abzuschreiben" ist und in der Bilanz nicht mehr erscheint.

B. Sodann bestimmt das Gesetz, dass **zweifelhafte Forderungen** nur nach ihrem „wahrscheinlichen" Werthe eingesetzt werden dürfen. Auch diese Bestimmung findet analoge Anwendung auf alle Vermögensbestandtheile. Eine noch ausstehende Ernte z. B. kann man keinenfalls zum vollen Werthe, sondern höchstens in einem approximativen Anschlage zur Bilanz ziehen.[16]) Blosse Hoffnungen dagegen dürfen an sich nicht als Objekte, die einer Werthschätzung unterliegen, angesehen werden; es kann selbstverständlich die Bilanzirung nicht etwa eine, wenn auch noch so sicher in Aussicht stehende, Kurssteigerung der im Inventar aufgeführten Werthpapiere escomptiren.

C. Endlich — und dies ist das Grundprinzip — sind bei der Aufnahme des Inventars und der Bilanz **sämmtliche Vermögensbestandtheile** nicht nach dem Anschaffungswerthe, sondern nur **nach dem effektiven zur Zeit der Aufnahme im Inventar wirklich vorhandenen Werthe** anzusetzen. Als dieser

---

[14]) Ueber die Inventarisirung bei Eisenbahnen vgl. Keyssner in Busch, Arch. Bd. XXXII, S. 138 und die Abhandlung von Strombeck's in Busch, Arch. Bd. XXXIX, S. 1 ff.

[15]) Man kann dies auch als Anwendung des dritten Grundsatzes (lit. C) auffassen; allein die Handelswelt spricht in diesem Falle von „Abschreiben", weshalb hier seine Stelle ist.

[16]) Soweit überhaupt deren Einstellung zulässig erscheint. Vgl. auch den Fall einer schwimmenden Ladung in Busch, Arch. Bd. XVI, S. 145.

Werth erscheint nach kaufmännischen Grundsätzen: **die Summe, um welche das Objekt zur angegebenen Zeit sofort zu Geld gemacht werden kann.** Demnach wären

1) **Immobilien** in das Inventar zu dem Preise anzusetzen, welcher für sie zu der Zeit der Inventarerrichtung beim Verkaufe aus freier Hand zu erzielen sein würde. Allein man pflegt in der Praxis es so zu halten, dass der Erwerbspreis beibehalten wird, nur besonders solide und vorsichtige Geschäftsinhaber schreiben davon alljährlich eine Quote ab. [17])

2) **Mobilien** (Maschinen, Geräthschaften, Mobiliar) sind in ihrem durch den Gebrauch verminderten Werthe einzustellen (vgl. lit. A). **Waaren** insbesondere dürfen nicht nach dem zu erhoffenden Verkaufspreise, [18]) sondern nur nach dem **Ankaufspreise** unter Abschreibung des durch Lagerung, Veraltung, Schwund u. s. w. eintretenden Minderwerthes [19]) eingestellt werden.

3) **Passivforderungen** sind zum vollen geforderten Betrage und zwar auch dann einzustellen, wenn etwa der Geschäftsinhaber glaubt zu Abzügen berechtigt oder nicht den vollen Betrag schuldig zu sein; dagegen sind

4) **Aktivforderungen,** wie schon oben erwähnt, nur in dem mit Sicherheit zu erwartenden Eingange zu inventarisiren. [20])

D. **Besondere Bestimmungen über Aufstellung der Bilanz bei Aktiengesellschaften** enthält der (durch die Novelle vom 11. Juni 1876 geschaffene) Art. 239a des A. d. H.G.B. [21]) Hievon ist indessen die Vorschrift in Nr. 1, dass kurshabende Papiere **höchstens** zu dem Kurswerthe angesetzt werden dürfen, welchen dieselben zur Zeit der Bilanzaufstellung haben, allgemein anwendbar, weil sich derselbe aus den bereits früher erörterten Prinzipien ergibt.

VII. Bei den Bestimmungen über Aufstellung des Inventars und der Bilanz selbst spricht das Gesetzbuch nicht von der Qualifizirung des daraus sich ergebenden Resultates; dagegen erwähnt der letzteren der Art. 107 für die Geschäftsgebahrung der offenen Gesellschaft [22]) und in Betreff der Aktiengesellschaften gibt Art. 217 eine Direktive. Diese **Qualifikation des Resultates der Bilanz** ist von grosser Wichtigkeit und wird nur zu häufig irrig behandelt.

Richtig ist, dass sofern die Summe der im Inventar eingesetzten Aktiva die Passivsumme übersteigt, „Vermögen", wenn sie umgekehrt von der Passivsumme überschritten wird, kein Vermögen, sondern Ueberschuldung vorliegt. Richtig ist ferner, dass im Falle der aus der späteren Bilanz sich ergebende

[17]) Diese Abschreibung hatte der Preuss. Handelsgesetzentwurf obligatorisch machen wollen; allein im Gesetzbuch ist dies nicht adoptirt. Keinenfalls aber darf man ohne Weiteres eine momentane Steigerung, z. B. des Häuserwerthes in einer Stadt zur Bilanzirung benutzen.

[18]) Die Protokolle (S. 47) lassen indessen ausnahmsweise eine Berücksichtigung der besseren Konjunktur zu.

[19]) Vgl. das Lübecker Erkenntniss in Busch, Arch. Bd. XVI, S. 145.

[20]) Für zweifelhafte Schuldner kann man auch unter Einstellung des vollen Betrages einen unter das Debet zu stellenden Anschlag für Verlust an dubiosen Debitoren ansetzen.

[21]) Vgl. die Reichstagsverhandlungen von 1876, Stenogr. Berichte S. 1058 und 1074.

[22]) In Art. 161 auch für die Kommanditgesellschaft anwendbar erklärt.

Aktivsaldo grösser ist, als der Aktivsaldo der früheren Bilanz,[23]) **Vermögensmehrung**, im entgegengesetzten Falle aber **Vermögensminderung** vorhanden ist. Im Allgemeinen und für das gewöhnliche Leben nun heisst man diese **Vermögensmehrung** „Gewinn", die **Vermögensminderung** aber „Verlust". Allein es wäre falsch und würde zu den gefährlichsten Konsequenzen führen, wenn man diese Ausdrücke als „technische" ansehen und namentlich jeden Gewinn in diesem Sinne als Gewinn im Sinne des Gesetzbuches ansehen wollte.[24]) Der Art. 107 sagt ausdrücklich: dass der Gewinn oder Verlust des Jahres auf Grund des Inventars und der Bilanz erst noch „ermittelt" werden muss, und der Art. 217 erklärt als massgebend für die Vertheilung nur den „reinen Ueberschuss".

Es ist demnach zu unterscheiden der Gewinn im Allgemeinen und der Gewinn im technischen Sinne, der zu vertheilende Gewinn.[25]) Als solcher erscheint keineswegs jede in der Bilanz erscheinende Vermögensmehrung, sondern nur eine in Geld bereits umgesetzte Mehrung, nur **realisirte** Vortheile.[26]) Von grosser Bedeutung wird diese Unterscheidung für den Anspruch der Aktionäre auf Dividende; es ist hierüber das Nähere bei dieser Lehre darzustellen.

---

[23]) Es ist oben bemerkt worden, dass mit Aufstellung des ersten Inventars der Kaufmann sein Geschäft beginnen soll. Diese erste Bilanz zeigt also das Geschäfts-Grundkapital, durch dessen Vergleichung mit den späteren Bilanzen sich die Frage abmisst, ob das Geschäft prosperirt oder in Abnahme geräth.

[24]) Vgl. überhaupt die interessante Abhandlung von Keyssner über Aktienzinsen, Dividende, Bauzinsen und Bilanz in Busch, Arch. Bd. XXXII, S. 99 ff.

[25]) Vgl. Thöl, Handelsrecht Bd. I, S. 504.

[26]) Vgl. Busch, Arch. Bd. XL, Heft 4.

Abschnitt 2.

Die Hülfspersonen.

(Bearbeitet von Herrn Professor Dr. Wendt in Jena.)

I. Der Handlungsgehülfe.

§ 64.

A. Begriff.

Der Betrieb eines Handelsgewerbes bringt es in der Regel mit sich, dass der Kaufmann sich einer Reihe von Gewerbsgehülfen bedient, deren Arbeit und Thätigkeit ihn im Betriebe des Geschäfts unterstützt. So ergibt sich ein Handlungspersonal, d. h. eine Mehrheit von Personen, welche in einem und demselben Geschäfte thätig sind, wiewohl in verschiedener Stellung zu demselben. Der Handlungsinhaber, der das Geschäft selbst leitet oder für dessen Rechnung es geführt wird, erscheint von dieser Seite her, im Verhältniss zum sonstigen Personal, als der **Prinzipal** oder Chef. Zu ihm stehen alle anderen Personen als seine **Gehülfen**, in seinem Interesse und für ihn in seinem Auftrage thätig, von ihm angestellt und ihm als ihrem **Dienstherrn** unterworfen. In Arbeit und Dienst bestehen die Verpflichtungen dieser Gehülfen, und juristisch kommen also die Regeln dieses Dienstverhältnisses in Betracht. Indessen aus der besonderen Natur eines Theils dieser Dienstleistungen ergeben sich Rechtsfragen von weit grösserem Belang, welche die Materie der „Stellvertretung bei Rechtsgeschäften“ zum Gegenstand haben. Der Betrieb jedes Handelsgewerbes besteht ja in dem Abschluss von Handelsgeschäften: „Kaufmann ist, wer gewerbemässig Handelsgeschäfte betreibt“. So hat auch die Hülfeleistung im Betriebe die besondere Richtung auf den Abschluss von Handels- d. h. Rechtsgeschäften und ist also gleichsam juristischer Qualität. Hier handelt es sich dann um das Wesen und die Voraussetzungen der Stellvertretung. Das Wort **Handlungsbevollmächtigter** bezeichnet eben denjenigen Gehülfen, dessen Dienstleistungen in solcher Weise sich als juristische von den anderen rein faktischen Arbeiten aussondern.

Das Handelsgesetzbuch hat im 5. Titel des ersten Buchs Vorschriften über die Handlungsbevollmächtigten, im 6. Titel sodann über die Handlungsgehülfen. und sachlich handelt jener Abschnitt von der Stellvertretung, dieser aber von dem Dienstverhältniss zwischen Prinzipal und Gehülfen. Die nächste Frage bezieht sich auf das Anwendungsgebiet dieses 6. Titels. Im Allgemeinen wird man wohl darüber einverstanden sein, dass zu den Handlungsgehülfen des 6. Titels auch die Handlungsbevollmächtigten zu zählen sind, und dass also die Absonderung des 5. Titels nicht so zu verstehen ist, als wenn dadurch die Handlungsbevollmächtigten den Vorschriften des 6. Titels entzogen sein sollten. Zwar ist auch diese Meinung nicht unvertreten, und vor Allem vertheidigt **Thöl**[1]) diese Begriffsscheidung, wonach der Handlungsgehülfe streng im Gegensatz des Handlungsbevollmächtigten verstanden werden soll: wo nur vom Handlungsgehülfen die Rede sei, bleibe der Handlungsbevollmächtigte von der Anwendung des über jenen aufgestellten Rechtssatzes frei. Diese Meinung kann jedoch nicht gebilligt werden. Sie ruht nur auf einer besonderen Auslegung des Art. 58. welcher ausspricht, dass die Vornahme von Rechtsgeschäften für den Prinzipal stets der besonderen Vollmacht bedürfe, und dass also auch der angestellte Handlungsgehülfe nicht schon dadurch auch zu Rechtsgeschäften legitimirt sei. Daraus folgt aber nicht, dass zwischen Handlungsgehülfen und Handlungsbevollmächtigten ein begrifflicher Gegensatz zu denken sei, sondern nur dass aus dem generellen Begriff der Gehülfenschaft die Spezies des Bevollmächtigten auszusondern ist. Die Vorschriften des 6. Titels finden sonach ihre Anwendung auch auf die Spezies der bevollmächtigten Gehülfen, wie auch von **Endemann**[2]) wenigstens stillschweigend gebilligt wird. Ausdrücklich dafür die Kommentare von **v. Hahn** (3. Aufl., S. 165 ffg., S. 233) und von **Anschütz - Völderndorff** (Bd. I. S. 417 fg.).

Unbestritten gehören zu den Handlungsgehülfen in dem Sinne, dass sie den Vorschriften des 6. Titels unterworfen sind, die **Lehrlinge**, welche der Art. 57 direkt erwähnt. Wohl ist für sie der Inhalt des Anstellungsvertrages ein ganz anderer, weil er für den Prinzipal die Pflichten des Lehrherrn begründet und die Erlernung der Handlung durch den Lehrling als Zweck seines Eintrittes in das Geschäft hinstellt. Der Lehrling lernt aber, indem er seine Dienste richtig zu gewähren unterwiesen wird, und ist eben dadurch schon ein Gehülfe, wenn auch ein solcher, dessen Dienstkenntnisse und Fähigkeiten erst entwickelt werden sollen.

Nach der Art der Dienstleistungen unterscheidet sich von den Gewerbsgehülfen des Kaufmanns sein **Hausgesinde**, und der Art. 65 hebt ausdrücklich hervor, was freilich auch beim Fehlen desselben sich ohnedies nicht anders verhalten würde, dass es hinsichtlich solcher Personen, welche bei dem Betriebe des Handelsgewerbes Gesindedienste verrichten, bei den für das Gesindedienstverhältniss geltenden Bestimmungen sein Bewenden behalte und also die Vor-

---

[1]) Handelsrecht, 6. Aufl. § 77.
[2]) Handelsrecht, 3. Aufl. § 26.

schriften des 6. Titels des Handelsgesetzbuches soweit keine Anwendung zu erfahren haben. Freilich ist dadurch nicht ausgeschlossen, dass die Handlungsgehülfen von vorne herein kontraktlich auch zu einzelnen Gesindediensten verpflichtet werden. Auch rein herkömmlich pflegen mitunter z. B. Lehrlinge accessorische Gesindedienste zu verrichten, wie Reinigung des Ladens u. dgl. Dass in solchen Fällen die Vorschriften des H.G.B. keineswegs unanwendlich werden, ist in einem Erkenntniss bei **Seuffert** Bd. 24 Nr. 140 besonders ausgesprochen. Gesindedienste aber von der eigentlichen Gewerbshülfe zu unterscheiden, wird im Allgemeinen der Rechtsanwendung nicht schwer fallen. Der Begriff der „häuslichen Arbeiten“ ist ja auch dem gewöhnlichen Leben geläufig, und ob eine Dienstleistung also durch die Bedürfnisse der Haushaltung und Wirthschaft oder aber des Gewerbebetriebes selbst veranlasst wird resp. den Zwecken der einen oder des anderen dient, das bleibt der leitende Punkt.

Im Uebrigen ist vom Gesetz nicht zwischen den einzelnen Arten der Dienste unterschieden, und so umfasst das Wort „Handlungsgehülfe“ eine grosse Reihe von Varietäten, wie der Betrieb eines jeden Geschäftes bald dies bald jenes mit sich bringt. Da ist nun in Theorie und Praxis vielfach eine Ansicht vertreten, welche den Begriff des Handlungsgehülfen, trotzdem er im Gesetzbuche selbst keine besondere Einschränkung erfahren hat, dennoch auf die sogenannten **kaufmännischen** Dienstleistungen ausschliesslich bezieht. Fast überall kehrt dabei die Motivirung wieder, dass das Gesetz, wenn es auch auf eine eigene Definition verzichtet habe, doch von dem **üblichen** Begriff des Handlungsgehülfen ausgegangen sei und also denjenigen darunter verstanden habe, welcher kaufmännische Dienste im **hergebrachten** Sinne des Wortes in einem Handelsgewerbe verrichte. So soll in Art. 57 der parenthetische Zusatz (Handlungsdiener, Handlungslehrlinge) grade diese Deutung an die Hand geben. Die praktische Wichtigkeit dieser Ansicht zeigt sich daran, dass hiernach die einzelnen Bestimmungen des 6. Titels z. B. über die Auflösung des Dienstverhältnisses oder das Verbot des Art. 59 auf eine Reihe von Personen nicht angewendet werden sollen, weil man deren Diensten das Prädikat kaufmännisch glaubt versagen zu müssen. In Verbindung damit steht die weitere Meinung, dass solche Arbeiter, eben weil sie nicht zu den Handlungsgehülfen zu rechnen seien, den Vorschriften der **Gewerbeordnung** zu unterstellen seien, da ihnen die Eigenschaft als Gewerbsgehülfen wiederum nicht abgesprochen werden könne.

Zweierlei Kategorien sind besonders von der Anwendung der genannten Ansicht betroffen. Zuerst und hauptsächlich alle diejenigen Gehülfen, welche lediglich bei der Hervorbringung oder Bearbeitung von Waaren Dienste thun, z. B. Techniker, Ingenieure, Monteure, Zeichner, Fabrikmeister und Fabrikarbeiter, Handwerksgesellen, Köche und Kellner u. s. w. Andrerseits solche Personen, deren Arbeit keine besonderen gewerblichen Kenntnisse und Fähigkeiten erfordert, und welche dennoch zum Betriebe dieses oder jenes Gewerbes unentbehrlich sind, wie z. B. Markthelfer, Fuhrleute, Auflader. Bei diesen letzteren mag die Grenze gegen die Gesindedienste zweifelhaft sein. Wer sie aber einmal als Gewerbsgehülfen anerkennt, sieht sich dann ebenso wie bei der erst

genannten Kategorie in der Lage, unter den Gehülfen eines Kaufmannes und seines Handelsgewerbes noch zwischen speziell **kaufmännischen** und anderen Gehülfen unterscheiden zu müssen. Dafür haben sich ausgesprochen **Endemann**,[3]) **v. Hahn**,[4]) **Anschütz-Völderndorff**,[5]) und sodann das Reichsoberhandelsgericht in einer Reihe einzelner Entscheidungen,[6]) gegen welche vor Allem die Kritik **Thöl's** sich gerichtet hat. Dieser vertritt mit Energie und Klarheit die entgegengesetzte Ansicht und verwirft jene Unterscheidung von kaufmännischer und anderweitiger Arbeit durchaus.[7]) Wir unsererseits tragen kein Bedenken, uns dieser Opposition in allen Stücken anzuschliessen, welche denn auch in der Praxis der höchsten Gerichtshöfe keineswegs unvertreten geblieben ist, cf. z. B. das in **Seuffert's** Archiv Band 24 Nr. 139 mitgetheilte Erkenntniss des Berliner Obertribunals, betreffend den Führer eines Stromschiffs, und ferner das bei **Budde** und **Schmidt**[8]) abgedruckte Erkenntniss über den Zeichner einer Maschinenfabrik. Das Reichsoberhandelsgericht hat die Kritik und Ansicht **Thöl's** zu widerlegen gesucht[9]) und auch **v. Hahn** gibt eine spezielle Entgegnung. Gleichwohl wird die Lehre **Thöl's** den Vorzug zu beanspruchen haben.

Die kaufmännische Signatur eines Theils der Dienstleistungen soll sich daraus ergeben, dass dem eigentlichen Handel nur der Umsatz der Waaren, nicht auch deren Herstellung oder Bearbeitung angehöre, und Handlungsgehülfe könne also nur derjenige genannt werden, dessen Arbeit und Thätigkeit sich eben auf die „Handlung" in diesem Sinne beziehe. Das sei der hergebrachte Sinn des Wortes und daran habe das Gesetzbuch einfach festgehalten. Das sofort entgegen zu haltende Argument, dass weder der Begriff des Kaufmanns noch derjenige der Handlung d. h. des Handelsgewerbes vom Gesetzbuch in dem früheren Sinne beibehalten worden ist, sondern dass ja die Aufzählung der Handelsgeschäfte (und somit der Handlungsgewerbe) in den Artikeln 271 und 272 des Gesetzes sich durchaus von dem früher herkömmlichen engeren Begriff des Kaufmanns entfernt hat, ist vom Reichsoberhandelsgericht mit Unrecht abgelehnt. Schon die citirte Rostocker Entscheidung (von 1867) hat die gleichen Gründe benutzt; eine Maschinenfabrik sei unstreitig ein Handelsgewerbe, falls sie über den Umfang des Handwerkes hinausgehe; unter der Ueberschrift „vom Handelsstande" werde im ganzen ersten Buch des Gesetzes vom Kaufmann in solchem weiten Umfange gesprochen, und ebenso sei von den Handlungs-

---

[3]) Handelsrecht, § 25, Anm. 1.

[4]) Kommentar, 3. Aufl. S. 231—234, 247.

[5]) Kommentar S. 416, 427.

[6]) Die einzelnen Entscheidungen betreffen Fälle, wie Koch eines Restaurateurs, Kellner, Fabrikmeister, Berichterstatter einer Zeitung, Bernsteinsortirer u. s. w. Zu vergleichen sind Bd. 10, Nr. 66, S. 297; Bd. 11, Nr. 119, S. 387; Bd. 14, Nr. 7, S. 23, Nr. 41, S. 114; Bd. 17, Nr. 66, S. 307; Bd. 24, Nr. 68, S. 270.

[7]) Praxis des Handelsrechts und Wechselrechts; erstes Heft, S. 40—51, Lehrbuch des Handelsrechts, 6. Aufl. § 77.

[8]) Entscheidungen des O.A.G. zu Rostock Bd. 6, Nr. 58.

[9]) Entscheidungen Bd. 17, S. 307 ff.

gehülfen nur das Gesinde ausgeschieden. Danach lasse es sich wohl vertheidigen, wenn man im Sinne des Gesetzes alle diejenigen als Handlungsgehülfen bezeichne, die in dem Gewerbe, welches nach Art. 4 und 271, 272 den Kaufmann begründet, demselben ständige Dienste zu leisten haben. Zum Handelsstande gehört doch vor Allem der Kaufmann selbst, und soweit das Gesetz ihn als solchen gelten lässt, wird es seine Gehülfen vom Handelsstande nicht ausschliessen wollen. Der übliche, hergebrachte Begriff der kaufmännischen Arbeit und Geschäftsthätigkeit ist eben damit nicht blos für den Prinzipal, sondern auch für seine Gehülfen aufgegeben worden.

Auch darin muss Thöl Recht gegeben werden, dass selbst, wenn mit dem Reichsoberhandelsgerichte die technischen Arbeiter und Gehülfen der Anwendung des Handelsgesetzbuches zu entziehen seien, damit noch keineswegs die Anwendbarkeit der Gewerbeordnung gegeben sein würde. Der Titel 7 der Gewerbeordnung hat in seiner jetzigen (durch das Gesetz betreffend die Abänderung der Gewerbeordnung, vom 17. Juli 1878, herbeigeführten) Gestalt die gewerblichen Arbeiter (Gewerbsgehülfen, wie es ursprünglich lautete) zum Gegenstand. Die allgemein lautenden Vorschriften dieses Titels sollen jedoch nach § 154 auf die „Gehülfen und Lehrlinge in Handelsgeschäften" keine Anwendung finden. Ursprünglich hiess es im § 126, die Gehülfen und Lehrlinge der Kaufleute seien von der Gewerbeordnung exemt. Nun müsste schon interpretirt werden, dass hier, wo von Handlungsgehülfen beide Male gar nicht die Rede ist, unter den Gehülfen der Kaufleute resp. in Handelsgeschäften nicht im Wortsinn jeder Gehülfe, sondern nur der eigentliche, kaufmännisch arbeitende Handlungsgehülfe zu verstehen sei. In Wahrheit ist aber von allen gewerblichen Arbeitern die Rede, und welcherlei Hülfeleistung auch ein Handelsgeschäft d. h. der Gewerbebetrieb des Kaufmanns erfordert, immer will die Gewerbeordnung auf die Gehülfen in Handelsgeschäften nicht angewendet werden.

Freilich die Verhältnisse der Fabrikarbeiter sind durch die Gewerbeordnung (§ 134—139 b) absolut geregelt und mit Ausschluss der Anwendung des Handelsgesetzbuches. Der Grund ist nicht der, dass Fabrikarbeiter schon an sich nicht zu den Handlungsgehülfen zu rechnen seien, sondern positiv der, dass die Gewerbeordnung die Verhältnisse der Fabrikarbeiter überhaupt selbständig regeln wollte. Der § 154 schliesst daher in Ansehung der Handlungsgehülfen auch nur die § 105—133 aus, nicht auch die weiter folgenden, welche eben vom Fabrikarbeiter handeln.

Zu bemerken ist, dass auch die wenigen Paragraphen, welche nach der alten Fassung der Gewerbeordnung noch auf die Handlungslehrlinge anwendlich sein sollten (§ 106 Abs. 2, betr. Besuch der Fortbildungsschule, und § 116 und 117, betr. das Recht zum Halten von Lehrlingen unter 18 Jahren), nach der veränderten Gestalt ebenfalls nicht mehr auf Handelsgeschäfte zur Anwendung kommen, wiewohl sie im Uebrigen reproducirt sind. Denn im § 154, welcher jetzt die Handelsgeschäfte eximirt, ist keine Ausnahme mehr getroffen, wie doch früher in § 126 geschehen war.

Im Resultat liegt also das Verhältniss so, dass der Titel 6 des Handelsgesetzbuches zu seiner Anwendung das besondere Erforderniss der kaufmännischen

Arbeit keineswegs bedingt, dass vielmehr zwischen kaufmännischen Gehülfen und sonstigen Gewerbsgehülfen beim Kaufmann nicht unterschieden werden darf. Doch sind die Fabrikarbeiter, obwohl sie nach der Konsequenz ebenfalls zu den Handlungsgehülfen des Titel 6 gehören, ihrer besonderen Regel unterstellt.

Endlich ist aber noch eine weitere Aussonderung zu treffen. Handelsgewerbe ist zwar schlechthin „die Uebernahme der Beförderung von Gütern oder Reisenden zur See“ (Art. 271 Nr. 4). Jedoch ist sowohl das Dienstverhältniss des Schiffers zur Rhederei als auch die Stellung der Schiffsmannschaft selbständiger Regelung theilhaftig geworden und zwar durch Buch 5 Titel 3 u. 4. Davon ist der letztere dann durch die deutsche Seemannsordnung vom 27. Dezember 1872 aufgehoben und ersetzt worden (cf. § 110 dieses Gesetzes). Hiervon ist im Seerecht für sich zu handeln.

§ 65.

B. Das Dienstverhältniss des Handlungsgehülfen zum Prinzipal.

Ueber die Natur der Dienste und den Umfang, in welchem der Gehülfe zur Arbeit verpflichtet ist, bestehen keine speziell handelsrechtlichen Grundsätze allgemeiner Geltung. Das Gesetzbuch verweist im Art. 57 lediglich auf Uebereinkunft, Ortsgebrauch und richterliches Ermessen und verzichtet also auf eigene Vorschriften. Das Gleiche gilt umgekehrt von den Ansprüchen der Gehülfen auf Gehalt und Unterhalt. Rechte wie Pflichten stehen daher unter den Vorschriften des allgemeinen bürgerlichen Rechts (Art. 1) und danach richtet sich auch die Wirksamkeit der Anstellungsverträge sowie der Spielraum des richterlichen Ermessens, sofern nicht Ortsgebrauch eine besondere Abweichung mit sich bringen sollte.

Im Allgemeinen bezeichnet man die vertragsmässige Begründung des Dienstverhältnisses als die **Anstellung** des Gehülfen.[1]) Jedoch entspricht dieses Wort nicht einem bestimmten, alle Fälle gleichmässig umfassenden juristischen Begriff, sondern die rechtliche Natur des Anstellungsvertrages kann je nach den Einzelheiten des Inhaltes wechseln. Wesentlich ist überhaupt nichts als die Verpflichtung des Gehülfen zu ständigen Diensterweisungen bald dieser, bald jener Art. Für den gewöhnlichen Fall, dass eine bestimmte Gegenleistung in Geld oder sonstigen Dingen vom Prinzipal zugesagt wird, wird die Kategorie der **Dienstmiethe** (locatio conductio operarum) sich als zutreffend ergeben und darunter haben sowohl die Fälle der Gegenleistung in Geld (Gehalt) oder in Gewährung von Kost und Logis (Unterhalt) oder beidem neben einander Platz, als auch diejenigen des sog. commis interessé, der auf Procente vom Reinertrage, Provisionen oder Tantièmen kontrahirt hat. Denn auch in der zweiten

[1]) Inwiefern die Anstellung oder das Engagement Handelsgeschäft ist, s. oben § 16, Not. 31. 32; Handelssache § 18, Not. 10. 21.

Gruppe ist keineswegs an einen Gesellschaftsvertrag zu denken; es handelt sich auch hier nur um die besondere Art der Ausmittelung [2]) der merces, auf welche der Gehülfe Anspruch hat. Es erscheint nicht gerechtfertigt, wenn das Reichsoberhandelsgericht [3]) den Satz formulirt, wie er auch bei v. **Hahn** [4]) adoptirt ist, das zwischen einem solchen commis interessé und dem Prinzipal betreffs dieser Betheiligung an Gewinn bestehende Rechtsverhältniss sei nach den Grundsätzen des allgemeinen bürgerlichen Rechts über **Gesellschaft** zu beurtheilen. Das Pandektenrecht lehrt, dass der Karakter eines Miethvertrages nicht aufhört, Miethe zu sein, wenn z. B. beim Feldbau ein Theil der Ernte als Aequivalent gewährt wird, colonus partiarius, oder wenn sonst dem operarius Antheile an den Früchten seiner Arbeit gewährt werden. Als socius mag ein Gehülfe dieser Art wohl im Allgemeinen bezeichnet werden. Doch steht er juristisch betrachtet immer noch in einem Dienstverhältniss. Uebrigens ist es für den Begriff des Handlungsgehülfen gleichgültig, ob er überhaupt eine Gegenleistung empfängt. Der Anstellungsvertrag kann daher auch einseitig Pflichten auferlegen. Nothwendig doppelseitig ist nur der Lehrvertrag, insofern hier die Unterweisung und Ausbildung des Lehrlings den eigentlichen Kern des Geschäftes bildet. Man spricht wohl vom Lehrherrn und denkt dabei an dessen Gewaltbefugnisse gegenüber dem Lehrling. Privatrechtlich ist aber die Stellung des Lehrherrn insofern zunächst durch eine Summe von Pflichten bestimmt, welche eben die Erlernung der Handlung durch den Lehrling zum Inhalt haben. Die entgegengesetzten Pflichten des Lehrlings zur Leistung ungezählter Dienste ergeben sich daraus, dass er eben arbeiten lernt; sein Lernen ist auf die Qualitäten seiner eigenen Arbeit gerichtet. Der Lehrling, wenn er ausgelernt hat, wird dadurch zum Handlungsdiener.

Dass dem Prinzipal in seiner Eigenschaft als Lehrherr des Lehrlings eine vis ac potestas über denselben zuständig ist, eine Disziplinargewalt, wie sie zur Erreichung der Zwecke des Lehrvertrages erforderlich ist, wird allgemein angenommen. Zur Uebung der Disziplin kann wie in anderen Fällen so auch hier Anrufung der gerichtlichen Gewalt erfolgen. Besondere Anwendung ist davon auf die Zurückführung in die Lehre gemacht in dem Erkenntniss des R.O.H.G. Bd. 2, Nr. 31, S. 134. Uebrigens bedeutet diese persönliche Macht des Lehrherrn keineswegs eine Aufhebung der patria potestas oder der vormundschaftlichen Rechte über den Lehrling, so dass grade eine zwangsweise Zurückführung eines entflohenen Lehrlings in die Lehre nur mit dem Willen von Vater oder Vormund zulässig ist. Endlich wird auch der Handlungsdiener (im engern Sinne) **haus-**

---

[2]) Zur Erwirkung aller derjenigen Ermittelungen, welche nöthig sind, um die Höhe der Tantième vom Geschäftsgewinn zu ermitteln, steht dem Handlungsgehülfen Klagerecht gegen den Prinzipal zu. Vorlage der Bücher und der Bilanz, aber auch Gewährung von Notizen daraus zur weiteren Prüfung der Richtigkeit der Bilanz wird als Pflicht des Prinzipals bezeichnet. Zu vergleichen sind aus den Entscheidungen des R.O.H.G. Bd. 1, Nr. 58, S. 193; Bd. 14, Nr. 71, S. 212; Bd. 19, Nr. 41, S. 121.

[3]) Entscheidungen, Bd. 17, Nr. 59, S. 276.

[4]) Kommentar, 3. Aufl., S. 235.

herrliche Befugnisse des Prinzipals über sich anerkennen müssen, so oft er im Hause desselben lebt.

Der Lehrvertrag bietet noch die Besonderheit, dass er in der Regel auf eine feste **Lehrzeit** abgeschlossen zu werden pflegt, weil doch die Erlernung der Handlung ihre Weile hat und überdies die Länge der Lehrzeit mit durch das Interesse des Lehrherrn bedingt wird, welcher, je mehr sich die Ausbildung des Lehrlings vollendet, durch die Dienste desselben Vortheil in steigendem Masse gewinnt. So ist es gekommen, dass das Gesetzbuch im Art. 61 eine feste Dauer der Lehrzeit ausdrücklich erwähnt und deswegen auf vertragsmässige Bestimmung sowie auf örtliche Verordnung oder Ortsgebrauch verweist.

Die Bestimmungen, welche die Gewerbeordnung ursprünglich über die Handlungslehrlinge enthielt (§ 106 Abs. 2 und § 116, 117), sind nicht mehr in Geltung, nachdem die sogenannte Novelle (Gesetz vom 17. Juli 1878) die Anwendung aller ihrer Bestimmungen ohne Ausnahme für das Handelsgewerbe (§ 154) untersagt hat. So ist in Folge dessen der Kaufmann, dem die bürgerlichen Ehrenrechte entzogen sind, auch am Halten von Lehrlingen unter 18 Jahren jetzt nicht verhindert.

§ 66.

C. Das Verbot Handelsgeschäfte zu machen.

Den Handlungsgehülfen jeglicher Art und Beschäftigung ist es ausnahmslos untersagt, Handelsgeschäfte anderweitig, sei es für eigene Rechnung, sei es für dritte Personen, zu betreiben. Das Dienstverhältniss zum Prinzipal soll ihnen diese Beschränkung auflegen; es wird eine Schädigung der Interessen des Prinzipals darin erblickt, dass der Gehülfe in solcher Weise seine Thätigkeit und Aufmerksamkeit von seinem Dienste ablenkt. Nicht nur der Gedanke an eine unliebsame Konkurrenz in demselben Handelszweige, welche das Geschäft des Prinzipals durch Entziehen des Zuspruchs und der Kundschaft schmälert, sondern überhaupt die Meinung, der Gehülfe habe alle seine Sorge und sein gesammtes Interesse auf die Erfüllung seiner Dienstpflichten zu konzentriren, ist der Geist jenes Verbotes. Das Geschäft, dem er dient, beansprucht den Gehülfen in dem Sinne ganz, dass er nicht anderweitig thätig werden soll, weder für fremde Geschäfte, noch für eigene Rechnung. Denn das Verbot des Art. 59 lautet ganz allgemein und ohne weitere Voraussetzungen: Der Handlungsgehülfe soll keine Handelsgeschäfte machen; weder absolute, noch relative, weder vereinzelt, noch gar gewerbemässig.[1]) Ob dadurch dem Geschäftszweige des Prinzipals Konkurrenz erwächst oder nicht, wie für das Verbot des Art. 96 in Betracht kommt, ist hier gleichgültig. Auch ist hier nicht blos eine ständige und gleichmässige Thätigkeit, ein eigentlicher Geschäftsbetrieb untersagt, sondern schon das einzelne Rechtsgeschäft, das Gelegenheitsgeschäft soll in gleicher Weise unzulässig sein. Der Plural „Handelsgeschäfte" im Wortlaute des Verbotes kann daran

---

[1]) S. oben § 14—16.

nicht irre machen. Dass aber das Interesse des Prinzipals den Grund des Verbotes ausmacht, zeigt sich daran, dass seine Einwilligung dasselbe aufhebt. Mit Einwilligung des Prinzipals kann der Gehülfe sowohl für eigene als für fremde Rechnung Handelsgeschäfte jeder Art machen und betreiben. Es bleibt also für den einzelnen Fall quaestio facti, ob Einwilligung des Prinzipals vorhanden ist. Diese voluntatis interpretatio wird aber, genauer ausgedrückt, nicht sowohl auf positive Zustimmung und Genehmigung, als auf das Geschehenlassen und Nichtwidersprechen zu richten sein.

Denn schon das Römische Recht hat in ähnlicher Lage den Nachdruck auf das non contradicere oder pati gelegt, wenn z. B. die actio tributoria gegen den Herrn zulässig ist, welcher den Sklaven einen Handel treiben lässt mit dem Pekul: scientiam hic eam accipimus, quae habet et voluntatem; sed ut ego puto, non voluntatem, sed patientiam, non enim velle debet dominus sed non nolle; si igitur scit et non prostestatur et contradicit, tenebitur actione tributoria.[2]) Und ebenso wird der Begriff der praepositio magistri navis s. institoris auf das Geschehenlassen gestellt: magistrum autem accipimus, quem exercitor praeposuit; si scit et passus est, eum in nave magisterio fungi, ipse eum praeposuisse videtur.[3]) Geht also schon das Römische Verkehrsrecht von solcher Auslegung aus, so führt auch die Interpretation der Vorschrift des Art. 59 zu keinem anderen Resultat. Im Art. 56, auf welchen jener lediglich verweist, lautet es so: „eine Einwilligung des Prinzipals ist schon dann anzunehmen, wenn ihm bei Ertheilung der Prokura bekannt war, dass der Prokurist Handelsgeschäfte betreibe, und er die Aufgebung dieses Betriebes nicht bedungen hat.“ Was hier von dem Wissen und Weitergeschehenlassen bei der ersten Anstellung gesagt ist, wird auch dann richtig sein, wenn der Prinzipal von den anderweitigen Geschäften des Gehülfen erst später Kenntniss erwirbt oder dieser erst später damit begonnen hat. Immer wird das entscheidende Gewicht darauf zu legen sein, dass der Prinzipal von seinem Rechte des Widerspruchs und Verbotes keinen Gebrauch macht, dass er zu dem bemerkten schweigt und keine Einsprache erhebt. Die Ausdrucksweise des Art. 56 ist die nämliche wie die der Römischen Juristen: consentire videtur, eine Einwilligung ist anzunehmen. Ob das richtig ausgedrückt ist, wird noch begründetem Zweifel unterliegen können. Nicht die Fiktion einer nicht vorhandenen Einwilligung gibt den Ausschlag, sondern das wirklich vorhandene Geschehenlassen, die patientia. Praktisch freilich mag in der Mehrzahl der Fälle das pati wirklich das consentire in sich schliessen; nothwendig ist das aber keineswegs, und manche Fälle werden so liegen, dass der Prinzipal sehr wohl Einsprache zu erheben beabsichtigt und durchaus nicht einverstanden ist, dass er aber gleichwohl nicht zur Erklärung seines Willens kommt, weil er etwa auf eine passende Gelegenheit wartet und diese sich nicht einstellen will, oder weil er die weitere Führung des Gehülfen abwarten will, oder vielleicht nicht die erforderliche Energie besitzt,

---

[2]) Fr. 1, § 3, de trib. act. 14, 4.
[3]) Fr. 1, § 5, de exerc. act. 14, 1.

mit seinem Widerspruch an den Tag zu treten. Da ist es dann wichtig, dass schon das pati und non contradicere den Ausschlag gibt.[4])

Was aber speziell den Art. 56 Abs. 2 betrifft, so ist noch zu bemerken, dass die Kenntniss eines eigentlichen Geschäftsbetriebes bei der Anstellung des Gehülfen diesem das Recht auf die Fortführung des Betriebes als solchen gewährt, so dass das einzelne Geschäft späterhin nicht mehr dem Widerspruch und Verbote ausgesetzt ist. Das ist bei der Duldung einzelner Geschäfte insofern anders, als hier aus dem pati des einen Falles nicht schon eine Erlaubniss auch zu weiteren Geschäften abgeleitet werden kann. Hier wird „von Fall zu Fall" gefragt werden müssen, ob patientia vorhanden ist. Und so wird überhaupt danach zu fragen sein, was der Prinzipal weiss und duldet, ob ein einzelnes Geschäft oder einen eigentlichen Betrieb. Vorhanden sein kann ja ein Betrieb, während des Prinzipals Kenntniss nicht so weit reicht und nur ein einzelnes Geschäft betrifft; dann kann aus der patientia nicht ein Schild für den ganzen Betrieb und alle zukünftigen Geschäfte desselben entnommen werden.

Zur Anwendung der Vorschrift des Art. 59 ist aber zunächst das Verhältniss desselben zum Art. 56, auf welchen er selbst wegen der Einzelheiten verweist, klar zu stellen. Art. 59 steht im sechsten Titel (von den Handlungsgehülfen) und sagt schlechthin: ein **Handlungsgehülfe** darf u. s. w. Dagegen Art. 56 (im fünften Titel) spricht zwar das gleiche Verbot mit den gleichen Worten aus, richtet es aber an den **Prokuristen** und den zum Betriebe eines ganzen Gewerbes bestellten **Handlungsbevollmächtigten.** Es fragt sich, ob beide Artikel wirklich neben einander Bestand haben, oder ob etwa Art. 56 gegenüber Art. 59 als überflüssig und entbehrlich betrachtet werden darf. Wer freilich wie **Thöl**[5]) die Handlungsbevollmächtigten überhaupt nicht als eine Unterart und Spezies der Handlungsgehülfen anerkennt und der Meinung ist, dass der sechste Titel auf die Personen des fünften Titels überhaupt nicht zur Anwendung zu bringen sei, wird dann beide genannten Artikel neben einander für unbedingt nothwendig halten. Dann erscheint es aber als eine Forderung der Interpretation, den Art. 56 auch nicht über die darin genannten Bevollmächtigten hinaus auszudehnen, und es dürfte dann nicht gebilligt werden können, das Verbot auch an solche Bevollmächtigte zu richten, welche nicht dem gesammten Betriebe vorgesetzt sind. **Thöl**[6]) zwar will dennoch ausdehnend interpretiren. Nun ist aber hier schon im § 63 vertheidigt, dass die Dienstanstellung aller Handlungsbevollmächtigten dieselben schlechthin zu Handlungsgehülfen macht. Handlungsgehülfe ist auch der zum Abschluss von Rechtsgeschäften angestellte Diener. Sonach unterliegt er auch schlechthin dem Art. 59, von dessen Anwendung kein Handlungsgehülfe befreit ist. Danach könnte die Wiederholung resp. Vorwegnahme der Vorschrift im fünften Titel als überflüssig erscheinen, wenn nicht doch der Fall denkbar wäre, dass vom Prinzipal eine

---

[4]) Zu vergleichen ist die Ausführung Bülow's im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 62, Nr. 1 über Fiktionen und Wahrheiten, speciell Anm. 66, S. 82 fg.

[5]) Handelsrecht, 6. Aufl., § 77.

[6]) Handelsrecht, 6. Aufl., § 58, Anm. 9.

Prokura oder sonstige Generalvollmacht ertheilt werde, ohne dass dadurch ein Dienstverhältniss und eine Gehülfenschaft begründet wird. Man macht darauf aufmerksam, dass z. B. während zeitweiliger Verhinderung des Prinzipals ein Freund die Leitung des Geschäftsbetriebes übernehmen könne, der von dem übrigen Personal durch Mittheilungen auf dem laufenden erhalten wird. Oder die Frau des Prinzipals, sein Sohn u. s. w. erhalten Vollmacht zur Firmaführung in Behinderungsfällen. In allen solchen Fällen wird man nicht sagen können, dass mit der Uebernahme der Vollmacht ein Eintritt in das Geschäft im Sinne des Dienstverhältnisses zum Prinzipal gegeben sei. Dass also durch Art. 56 das Verbot, Handelsgeschäfte zu machen, unabhängig von der Gehülfenschaft ausgesprochen ist, hat danach denn doch seine besondere Bedeutung und Art. 56 vermag daher Fälle zu betreffen, welche vom Art. 59 nicht berührt werden.[7])

Auf dieser Grundlage ist also theils Art. 56, theils Art. 59 zur Anwendung zu bringen. Das Nächste ist nun der Satz, dass das Verbot, Handelsgeschäfte zu machen, im Kontraventionsfall weder eine Nichtigkeit noch eine Anfechtbarkeit der einzelnen Geschäfte mit sich bringt. Der Handlungsgehülfe ist nicht im Können, sondern nur im Dürfen beschränkt; er ist **verpflichtet**, Handelsgeschäfte, die nicht dem Prinzipal angehören, zu unterlassen, und die Uebertretung macht ihn dem Prinzipal verantwortlich. Weder kann er aber selbst Einwendungen gegen die Erfüllung des Geschäftes machen, noch darf sein Kontrahent eine Einrede aus dem Verbot ableiten wollen. Auch das, eine Uebertretung jenes Verbots enthaltende Rechtsgeschäft büsst an seiner juristischen Wirksamkeit nichts ein. Für die Anwendung dieses Satzes kommt auf bona oder mala fides der Kontrahenten durchaus nichts an; vor Allem ob der Drittkontrahent mit dem Handlungsgehülfen in Kenntniss oder Unkenntniss der Pflichtverletzung desselben kontrahirt, ist für das aus dem Kontrakt entstehende Rechtsverhältniss gleichgültig. Zu formuliren ist also: die verbotenen Handelsgeschäfte des Gehülfen enthalten eine Pflichtverletzung, nicht eine Rechtsverletzung. Das Verbot gehört lediglich dem inneren Rechtsverhältniss zwischen Prinzipal und Gehülfen an und begründet von Person zu Person ein obligatorisches Soll, hat aber im Verhältniss des Gehülfen zu dritten Personen keine Bedeutung.[8])

Die dem Prinzipal wegen der gedachten Uebertretung des Gehülfen zustehenden gesetzlichen Befugnisse sind doppelter Art. Er darf **Schadensersatz** fordern, wenn er Schaden erlitten hat, was z. B. bei Konkurrenzgeschäften der Fall sein kann. Diese Befugniss ist also nur hypothetisch von Werth und

[7]) Uebereinstimmend Anschütz-Völderndorff, Kommentar Bd. I, S. 411, und v. Hahn, Kommentar 3. Aufl. S. 165, 220, woselbst auch auf die Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts verwiesen ist.

[8]) Uebereinstimmend v. Hahn, Kommentar 3. Aufl., S. 221, Anm. 6. Anderer Meinung Anschütz-Völderndorff, Kommentar Bd. I, S. 414 sub b, wo dem Drittkontrahenten das Recht gegeben ist, vom Vertrage mit dem Handlungsgehülfen abzugehen, sobald derselbe diese seine Eigenschaft ihm verschwiegen hat. Dagegen aber Bd. II. desselben Werkes S. 174, Nr. XII. Aus der Praxis ist zu zitiren die Entscheidung bei Seuffert, Bd. 23, Nr. 52.

Bedeutung und ist werthlos, wenn der Prinzipal eben keine Vermögensschädigung nachzuweisen vermag. [9]) Dagegen die zweite Befugniss ist in jedem vorkommenden Falle anwendbar und ihre Ausübung hängt also immer nur davon ab, ob der Prinzipal sie geltend machen will oder nicht, wobei er theils seinen eigenen Vortheil im Auge haben kann, theils aber die Bestrafung des Gehülfen, an welchem der verbotene Geschäftsbetrieb geahndet werden soll. Der Prinzipal hat das Recht, wenn der Gehülfe Geschäfte für eigene Rechnung gemacht hat, **dieselben als für seine Rechnung geschlossen anzusehen.** Die andere Möglichkeit, dass der Gehülfe für fremde Rechnung thätig gewesen ist, ist von diesem Rechtssatz überhaupt nicht betroffen, und bei ihr ist also der Prinzipal auf jenes Recht der Schadensersatzforderung beschränkt.

Festzustellen ist nun des Näheren, was jene Befugniss, die vom Gehülfen für eigene Rechnung gemachten Geschäfte als für sich selbst geschlossen ansehen zu dürfen, für den Prinzipal zu bedeuten hat. Zweierlei lässt sich im Allgemeinen dabei denken. **Entweder** der Prinzipal hat persönlich gegenüber dem Handlungsgehülfen das Recht, von ihm Alles dasjenige zu begehren, was das abgeschlossene Geschäft abgeworfen oder eingebracht hat, mag dasselbe schon abgewickelt sein oder noch nicht. Zur Vergleichung kann man dafür auf aufgetragene oder freiwillige Geschäftsführung und auf die daraus entspringenden Klagen verweisen und also sagen, der Prinzipal habe solche Ansprüche gegen den Gehülfen, wie wenn die von diesem gemachten Geschäfte eben für Rechnung des Prinzipals gemacht worden seien. Das führt im Einzelnen zum Anspruch auf Klagenzession oder Herausgabe des gemachten Gewinnes, je nachdem derselbe schon realisirt ist oder noch aussteht. **Oder** die Ansprüche des Prinzipals beschränken sich nicht auf eine Forderung gegen den Gehülfen, sondern stehen auch gegen den Drittkontrahenten direkt zu, wie wenn der Gehülfe nicht blos für Rechnung, sondern auch im Namen des Prinzipals kontrahirt hätte. Das Römische Wort einer actio utilis würde die Eigenthümlichkeit solcher Befugniss bezeichnen und die Parallele der sogenannten nothwendigen Stellvertretung würde nicht ohne Grund gezogen werden können. So wie im Römischen Recht Alles, was ein servus oder filius familias erwirbt, ipso jure dem dominus oder pater familias zufällt, so hätte hier der Prinzipal mindestens die Befugniss, die vom Gehülfen durch seine Geschäfte erworbenen Rechte und Klagen seinerseits (utiliter) ausüben zu können. Es ist nun zu entscheiden, welche dieser beiden, an sich denkbaren Möglichkeiten durch den Art. 59 angeordnet und gewählt ist. Es lautet so: „**der Prokurist** (oder schlechthin der Gehülfe, nach Art. 56) **muss sich auf Verlangen des Prinzipals gefallen lassen, dass die Geschäfte** u. s. w.“ An sich würde diese Anordnung: „muss sich gefallen lassen“ zur Beschreibung beider Möglichkeiten geeignet sein. Denn auch die actio utilis,

[9]) Aus der Praxis ist bemerkenswerth das Erk. des R.O.H.G. Bd. 1, Nr. 7, S. 37, welches sich ausführlich mit dem Ersatzanspruch des Prinzipals wegen Vertragsbruchs des Gehülfen, speziell wegen Betrieb eines Konkurrenzgeschäftes beschäftigt und dabei über die thatsächliche Begründung der Ersatzklage, deren Substantiirung durch Einzelheiten Erörterungen anstellt.

dass der Prinzipal Klagrechte des Gehülfen seinerseits ausübt, wäre etwas, das der Gehülfe sich gefallen lassen müsste. Betont man aber andrerseits, dass es heisst, der **Gehülfe** müsse sich gefallen lassen, so kann man darin ausgedrückt finden, dass der Prinzipal nur im Verhältniss zum Gehülfen einen persönlichen Anspruch auf Zession, Tradition u. s. w. bekommen soll, ohne dass er gegen dritte Personen unmittelbare Rechte gewönne. Zu Gunsten dieser Ansicht lässt sich auch das noch vorbringen, dass eine weiter gehende Absicht des Gesetzes jedenfalls einen deutlicheren Ausdruck hätte finden müssen, wie ja auch in anderen Fällen z. B. im Art. 368 geschehen ist. Danach ist hier zu vertheidigen, dass der Prinzipal auf einen persönlichen Anspruch gegen den Gehülfen beschränkt ist. Und das darf auch als die communis opinio bezeichnet werden.[10]) Im Resultat wäre also der Prinzipal mit einem dominus negotii zu vergleichen, der gegen den gestor auf die Ablieferung des durch das negotium erreichten Vortheiles Klage erhebt, nur dass hier eben nicht der animus negotia gerendi sondern gesetzliche Vorschrift den Grund jener Klage bildet. Dass es präzis ausgedrückt sei, wenn **Laband**[11]) formulirt, dem Prinzipal stehe das Recht zu, die **Resultate** der vom Gehülfen abgeschlossenen Geschäfte sich **anzueignen,** nehmen zwar Viele an, z. B. **v. Hahn** a. a. O.; jedoch mag man wohl das Aneignungsrecht als einen zutreffenden Ausdruck ansehen; im Uebrigen ist aber die Formel, er dürfe sich die Geschäftsresultate aneignen, so gut für die eine als die andere Meinung verwendbar. Denn auch wer dem Prinzipal utilis actio gegen den Drittkontrahenten zusprechen will, wird sich auch noch so ausdrücken, wie **Laband** formulirt. Als Resultat des fraglichen Geschäftes wird die actio sicherlich betrachtet werden können. Betreffs der Anwendung des Art. 56 und der dem Prinzipal darin beigelegten Befugnisse ist aber noch daran zu erinnern, dass dabei ein wirklich bestehendes Dienstverhältniss unerlässliche Bedingung ist. Interessant ist in dieser Beziehung der Rechtsfall, auf welchen sich die Entscheidung des R.O.H.G., Bd. 16, Nr. 48, S. 169 bezieht. Der Prinzipal eines Weingeschäftes war mehrere Jahre hindurch gefänglich eingezogen; sein früherer Gehülfe hatte alsbald nach dem Strafantritt des Prinzipals dessen Geschäft für eigene Rechnung fortgesetzt, die Firma geändert, sich zum Handelsregister als Firmeninhaber angemeldet und sich in allen Stücken nicht mehr als Gehülfe, sondern als Prinzipal gerirt. Nach seiner Entlassung aus der Strafanstalt hatte der frühere Prinzipal Klage gegen ihn erhoben auf Ablieferung des gesammten inzwischen erreichten Geschäftsgewinnes, mit der Begründung, der Beklagte sei nach wie vor sein Gehülfe geblieben, da er nicht einseitig habe zurücktreten können. Das Gericht hat diese Klage zurückgewiesen, weil in dem

---

[10]) Vgl. v. Hahn, Kommentar, 3. Aufl. S. 221, wo auch die abweichende Meinung von Anschütz-Völderndorff, Kommentar, Bd. I, S. 413 besprochen ist. Das Argument v. Hahn's, der Art. 59 gebe nur das Recht, die Geschäfte als für Rechnung des Prinzipals, nicht auch als im Namen desselben geschehen anzusehen, mag man zwar gelten lassen, allein für entscheidend halte ich es nicht. Es wird damit den Worten zu grosse Prägnanz zugetraut. Im Uebrigen auch Thöl, Handelsrecht, 6. Aufl. § 58.

[11]) Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht Bd. 10, S. 202.

ganzen Gebahren eine Aufhebung des Dienstverhältnisses, wenn auch nur einseitig und ohne Zustimmung des Prinzipals erfolgt, erblickt werden müsse und sonach eine Anwendbarkeit des Art. 56 ausgeschlossen bleibe.

Eine weitere Frage betrifft das Verhältniss der Schadensersatzpflicht zu dem zuletzt besprochenen sich gefallen lassen müssen, ob nämlich beide Befugnisse des Prinzipals von ihm neben einander geltend gemacht werden können. Möglich bliebe ja das Eventualverhältniss, dass der Prinzipal nach seiner Wahl von dem einen oder dem anderen Gebrauch machen solle. Indessen spricht der Wortlaut des Art. 59 für das kumulative Zustehen. Denn die zweite Befugniss ist nur mit: **auch** hinzugefügt, und es wird bemerkt, dass im Art. 97, der für Handlungsgesellschafter untereinander Aehnliches bestimmt, die Worte: **statt dessen** noch hinzugefügt seien, welche hier im Art. 59 fehlen. So kommt man zu einer Unterscheidung beider Fälle. Das Gegenargument, den Art. 59 durch die genauere Fassung des Art. 97 ergänzend einschränken zu müssen, ist freilich nicht ganz abzulehnen, so dass also ein Zweifel doch bestehen bleibt.

Im folgenden Paragraph wird weiter zu erwähnen sein, dass nach Art. 64, Nr. 2 die verbotene Betreibung anderweitiger Geschäfte dem Prinzipal überdies noch die vorzeitige Entlassung des Gehülfen aus seinem Dienste ermöglicht, sofern richterliches Ermessen die Kontravention für wichtig genug hält.

Zuletzt entsteht noch die Frage, ob dem Prinzipal statt weiterer Dinge oder neben seinen sonstigen Befugnissen nicht auch die Möglichkeit einzuräumen sei, gegen den Gehülfen ein richterliches Verbot, fernerhin Handelsgeschäfte für eigene oder fremde Rechnung zu machen, durch darauf gerichtete Klage zu erwirken. Eine obligatio non faciendi besteht ja zweifellos, und ob dieselbe nicht schlechthin dazu benutzt werden dürfe, auf gerichtliches Verbot des Zuwiderhandelns Klage zu erheben, mindestens wenn Wiederholung oder Fortsetzung zu befürchten steht, wäre also die aufzuwerfende Frage. Bemerkenswerth ist in dieser Beziehung ein Erkenntniss des Reichsoberhandelsgerichtes,[12]) welches die aufgeworfene Frage mit Recht bejaht, zwar nicht in unmittelbarer Anwendung auf den hier besprochenen Art. 59, doch mit indirekter Bezugnahme auf denselben. Es wird dort allgemein vertheidigt, dass jede obligatio non faciendi zur Klage auf Verbot und Unterlassung des Verbotenen pro futuro berechtige. Wohl wird man, was sich übrigens in dem fraglichen Rechtsstreit auch so verhielt, fordern dürfen, dass eine Zuwiderhandlung aus dem Verhalten des Schuldners zu befürchten stehe. Denn so lange der Schuldner keinen Anlass giebt, ihm das Verbot besonders durch Urtheil einzuschärfen, wird er auch nicht mit Klage überzogen werden dürfen. Zur Analogie wird man auf die negatoria in rem actio verweisen können, wo doch ein schon eingetretenes factum turbativum nur dann zur Klagbegründung ausreicht, wenn es die Befürchtung weiterer Störung erregt und deswegen die Abwehr rechtfertigt. Dass in Art. 59 eine solche prohibitorische Klage nicht besonders erwähnt ist, kann u. E. an ihrer Zuständigkeit nicht zweifelhaft machen. In Uebereinstimmung hiermit gewähren

---

[12]) Entscheidungen Bd. 19, Nr. 46, S. 136—138.

denn auch die Kommentare von v. **Hahn** und **Anschütz-Völderndorff** zwar nicht zu Art. 59, wohl aber zu Art. 97 eine solche direkt auf Unterlassung gerichtete Klage. Mit derselben wird praktisch das Ziel erreicht, auf die Unterlassung durch Strafandrohungen (Civilprozessordnung § 775) mit grösserem Nachdruck hinzuwirken, als durch Schadensersatzforderung oder jenes Aneignungsrecht erreicht zu werden vermag. Wo es sich also um die Inhibirung eines vom Handlungsgehülfen ohne Einwilligung des Prinzipals begonnenen oder fortgesetzten förmlichen Betriebes handelt, wird schon dadurch das auf die Zukunft gerichtete Verbot als berechtigt sich darstellen. Handelt es sich nur um einzelne gelegentliche Geschäfte des Gehülfen, so mag man die auf Verbot gerichtete Klage erst bei speziellen Anzeichen wiederholter Uebertretung zulassen.

§ 67.

D. Die Auflösung des Dienstverhältnisses.

Während das Handelsgesetzbuch in Ansehung der Begründung eines Dienstverhältnisses auf eigene Vorschriften zu Gunsten des jus commune verzichtet hat, enthält es dagegen über die Endigung desselben eine Reihe von Artikeln, welche freilich zum Theil auch wieder nur auf vertragsmässige Festsetzung unter den Parteien verweisen, insoweit also eigenen Inhalts entbehren.

In erster Linie ist auch hier der Karakter des Privatrechts als jus dispositivum gewahrt und der Freiheit des Vertragsschlusses voller Raum gegeben. Die gesetzlichen Vorschriften über die Dauer des Dienstverhältnisses resp. über dessen Aufhebung sind unter der Klausel aufgestellt, dass es beim Inhalt abweichender Verträge „sein Bewenden habe“. Der Vertrag zwischen Prinzipal und Handlungsgehülfen kann nun entweder einen festen Zeitraum für die Dauer des Dienstes bestimmt haben, oder aber bei Kontraktschluss auf unbestimmte Zeit doch Kündigungsfristen aufstellen, oder endlich über die Dauer des Verhältnisses ganz schweigen. Lediglich für den letzten Fall kommen dann die gesetzlichen Bestimmungen zur Anwendung.

Bei Anstellung des Gehülfen auf **feste Zeit** endigt das Dienstverhältniss von selbst mit Ablauf dieser Zeit, während freilich eine Fortsetzung derselben auch nachher in der Willkür der Parteien steht und auch eine sog. relocatio tacita einzutreten vermag durch stillschweigendes im Dienst Bleiben resp. im Dienst Behalten. Unter welche Regeln ein in solcher Weise fortgesetztes Dienstverhältniss zu stellen sei, kann zweifelhaft erscheinen, insofern ja auch gemeinrechtlich die relocatio tacita sowohl bei Sach- als Dienstmiethe zu erheblichen Zweifeln Anlass giebt.[1]) Man wird aber vertheidigen müssen, dass für die spätere Zeit die gesetzlichen Kündigungsvorschriften anzuwenden seien, da doch in der That vertragsmässige Bestimmung für diese Zeit fehlt.

Wie aber der Vertrag eine feste Dienstzeit festsetzen kann, so kann er auch umgekehrt jede Dauer des Verhältnisses ablehnen und auch damit die An-

[1]) v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, 7. Aufl., Band III, S. 644. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 5. Aufl. § 402, Nr. 3.

wendung der gesetzlichen Vorschriften ausschliessen. Der Vertrag kann zweifellos lauten, dass der Dienst eben nur bis auf Weiteres und lediglich für den Augenblick angetreten werden solle, ohne dass ein Theil den anderen wider seinen Willen länger, als dieser möchte, zu halten berechtigt sein solle. Der Prinzipal kann dann den Gehülfen in jedem Augenblick entlassen, der Gehülfe jeder Zeit seine Entlassung fordern. Schon aus altrömischer Zeit ist uns ein Beleg für solchen Vertrag überliefert, dass der Arbeiter bei einer Dienstmiethe sich nur impraesentiarum verdingt und also jede Gebundenheit auf länger als er mag ablehnt.[2])

In der Mitte liegt die dritte Möglichkeit, dass der Vertrag ein Verhältniss auf unbestimmte Zeit begründet, jedem Theil aber ein in gewissen Perioden zu übendes oder auch nach Belieben zuständiges, doch aber die Endigung des Verhältnisses erst nach einer von da ab laufenden Frist herbeiführendes Kündigungsrecht gewährt. Die Kündigung bedeutet dann die Willenserklärung an den Gegner, die Endigung herbeizuführen.

Schweigt nun aber der Vertrag in jeglicher Beziehung über die Zeitgrenze des Dienstverhältnisses, so ist damit der Raum für die Anwendung der gesetzlichen Kündigungsbefugnisse geschaffen, wie sie im Art. 61 normirt sind.

Zunächst wird das Lehrverhältniss doch als ein von selbst auf längere Zeit bestimmtes angesehen, welches auch von Rechtswegen erst nach vollendeter Erlernung der Handlung und also nach Ablauf der dafür erfahrungsgemäss erforderlichen Zeit sein Ende finden soll. Das Gesetz verweist also theils auf örtliche Verordnungen, theils auf Ortsgebrauch, in der Meinung, dass die Dauer der Lehrzeit besser durch Statut und Herkommen als durch gemeine Vorschrift geregelt werde. Sollte das eine wie das andere im Stiche lassen, so wird sicherlich nicht zur Anwendung der im Art. 61 für die Handlungsdiener (im Gegensatz der Lehrlinge) gegebenen Vorschrift zu greifen sein, sondern die Dauer der Lehrzeit durch richterliches Ermessen nöthigenfalls nach Einholung eines Gutachtens von Sachverständigen (cf. Art. 57) bestimmt werden müssen.

Abgesehen von den Lehrlingen steht im Uebrigen und ohne weitere Unterscheidung zwischen den Diensten der einzelnen Gehülfen für beide Parteien vierteljährlich die Möglichkeit der Aufhebung des Verhältnisses zu, und zwar ist auch hier zu diesem Zwecke **Kündigung** d. h. Willenserklärung[3]) jenes Inhalts erforderlich. „Das Dienstverhältniss kann von jedem Theile mit Ablauf eines jeden Kalendervierteljahres nach vorgängiger sechswöchentlicher Kündigung aufgehoben werden.“ Zur Anwendung dieser Vorschrift ist also auf die Kalenderquartalstage (31. März, 30. Juni, 30. September und 31. Dezember) zu sehen und also zu fragen, ob eine geschehene Kündigung rechtzeitig, d. h. spätestens

---

[2]) Cf. darüber Wendt, Reurecht und Gebundenheit bei Rechtsgeschäften Heft 2, die Reuverträge S. 31, 32.

[3]) Die Kündigungserklärung muss natürlich den definitiven und vorbehaltlosen Willen zum Ausdruck bringen, das Verhältniss mit Ablauf des Quartals zu lösen. Erklärt z. B. ein Prinzipal, dass er den Gehülfen als gekündigt ansehen wolle, wenn derselbe fortfahren werde, sich nachlässig und unzuverlässig zu erweisen, so liegt eine feste Kündigung in der That noch nicht vor. So mit Recht R.O.H.G. Bd. 4, Nr. 69, S. 342.

6 Wochen vor dem nächsten Quartalstage erfolgt ist. Wenn in dem Kommentare von **Anschütz-Völderndorff** (Band I, S. 437) auf den 1. April, 1. Juli u. s. w. verwiesen wird, so kann das nicht für richtig gehalten werden. Denn es heisst im Art. 61: „mit **Ablauf** eines jeden Kalendervierteljahres". Sonach ist es auch allein richtig, als spätesten Kündigungstag jedes Mal den 43. Tag rückwärts gezählt zu bezeichnen, weil dann der Quartalstag die genannten 6 Wochen vollendet. Dass noch am 42. Tage rechtzeitig gekündigt werden dürfe, d. h. dass der Kündigungstag selbst als das die Frist eröffnende Ereigniss mitgezählt werden könne, wäre zwar der gemeinrechtlichen Komputation gemäss, darf aber gegenüber Art. 328 des Gesetzbuches nicht zugelassen werden; denn wenn sich dieser Artikel auch nur auf Erfüllungsfristen bezieht, so wird das darin ausgesprochene Komputationsprinzip als überhaupt der heutigen Anschauung gemäss und auch in anderen Gesetzen ausgesprochen, auch hierher zu übertragen sein.[4])

Durch diese Regel ist also für beide Theile eine periodische Gebundenheit hergestellt, welche der beliebigen Entlassung des Gehülfen resp. seinem Austritt aus dem Geschäft ein Ziel setzt. Von selbst versteht es sich übrigens, dass, wie schon der Dienstvertrag die Anwendung derselben ausschliessen kann, so auch spätere Vereinbarung beider Theile das Dienstverhältniss zu jeder Stunde zu lösen im Stande ist. Mutuus dissensus kommt dann sowohl in ausdrücklicher Vereinbarung als in stillschweigendem Einverständniss zum Ausdruck. Nur muss wirklich beiderseits der Wille, das Dienstverhältniss aufzuheben, erkennbar zu Tage treten, wenn auch nur rebus ipsis et factis. Ein solches Uebereinkommen liegt deshalb nicht schon darin, dass der Handlungsgehülfe dem Verbot des Prinzipals, Haus und Geschäft fernerhin zu betreten, Folge leistet.[5])

Nun gibt es aber auch noch **vorzeitige Aufhebung** des Dienstverhältnisses kraft einseitigen Verlangens. Als vorzeitig ist dabei gemeint diejenige Aufhebung, welche vor Ablauf der vereinbarten oder sonst begründeten Zeitdauer des Verhältnisses oder nicht unter Einhaltung der gesetzlichen resp. vertragsmässigen Kündigungsfrist erfolgt. Und zwar sollen nach Art. 62 **wichtige Gründe** dazu den Anlass geben können, sowohl für den Prinzipal als zu Gunsten des Gehülfen oder Lehrlings.

Ueber die prinzipielle Bedeutung und Handhabung des Art 62 stehen sich in der Theorie zwei Meinungen gegenüber, eine strengere und eine freiere Interpretation. Die Praxis befolgt, soviel ich ermitteln konnte, ausschliesslich die letztere.

Die genaue und wörtliche Auslegung des Art. 62 hält sich an die Sätze: „Die Aufhebung kann aus wichtigen Gründen von jedem Theile verlangt werden. Die Beurtheilung der Wichtigkeit der Gründe bleibt dem Ermessen des Richters überlassen." Die zu erreichende Aufhebung des Verhältnisses ist also Gegenstand eines **Verlangens**, zu dessen Gewährung, so argumentirt man, eine fremde Instanz in Anspruch genommen werden muss, während der eigene Wille nur

---

[4]) Uebereinstimmend im Resultat Thöl, Handelsrecht 6. Aufl., § 79; v. Hahn, Kommentar 3. Aufl., S. 239.

[5]) So mit Recht die Entscheidung des R.O.H.G. Bd. 2, Nr. 67, S. 285.

begehrt. Die gewährende Instanz liegt im richterlichen Amt, dessen Ermessen und Einsicht alles Weitere anheim gegeben ist. Das Verlangen des Art. 62 ist also Erbitten vom Richter, der seinerseits nicht blos urtheilt und feststellt, sondern durch Verfügung aufhebt resp. die Aufhebung abschlägt. Die Gegenpartei braucht also immer erst dem Richterspruch zu weichen, und bis dahin besteht das Dienstverhältniss fort und kann die Erfüllung desselben begehrt werden. Die wichtigen Gründe berechtigen sonach nicht zu einseitiger, sofortiger Entlassung mit aufhebender Wirkung, sondern gewähren nur die Befugniss, die Auflösung durch Klageantrag vom Richter zu erbitten. So urtheilt mit aller Schärfe des Ausdrucks und mit dem Hinweis auf die Konsequenzen **Thöl.**[6])

Die mildere Meinung wird in der Theorie vor Allem durch **v. Hahn**[7]) vertreten, während bei **Anschütz-Völderndorff**[8]) nicht alle Bedenken überwunden zu sein scheinen und ein Schwanken der Auffassung hervortritt. Gegenüber jener strikten Auslegung **Thöl's** vertheidigt **v. Hahn** die Auffassung, dass dem richterlichen Ermessen im Streitfalle doch nur die Beurtheilung der Wahrheit und Wichtigkeit der behaupteten Gründe aufgetragen worden sei, im Uebrigen aber die Aufhebung des Verhältnisses als Folge einseitiger Willenserklärung gedacht werden dürfe. Die Aufhebung könne verlangt werden, das heisse, jeder Theil habe das Recht, einseitig das Verhältniss zu lösen, ohne Rücksicht auf den Widerspruch des Gegners. Wer sich nicht freiwillig unterwerfen wolle. dürfe aber richterliche Entscheidung anrufen, um die Unwichtigkeit der fraglichen Gründe dadurch zu erweisen. Konsequenz dieser Auffassung ist dann freilich, dass der nachträgliche Richterspruch nur zu Ersatzansprüchen wegen ungerechtfertigter Entlassung resp. Dienstverweigerung führen kann und immer das Verhältniss als bereits gelöst, wenn auch vielleicht vorzeitig und ohne Grund gelöst. voraussetzen muss. Der entlassene Gehülfe kann nicht die Fortdauer des Verhältnisses behaupten, der Prinzipal nicht den früheren Gehülfen noch fortdauernd als solchen in Anspruch nehmen, was zum Beispiel für die etwaige Anwendung des Art. 59 von höchster Wichtigkeit ist. Die Praxis hat diese und andere Konsequenzen bereitwillig gezogen, wie z. B. dass bei der einseitigen Entlassung des Gehülfen der Prinzipal die Gründe gar nicht anzugeben schuldig sei, dass der Gehülfe immer nur Ersatz, niemals Erfüllungsansprüche begehren dürfe. Auf die Klage wegen Kontraktbruchs und die daraus erwachsenden Schadensersatzansprüche kommt also Alles hinaus. So hatte schon das Berliner Obertribunal wiederholt entschieden, so ist auch zu Leipzig von Anfang an der Art. 62 gehandhabt.[9]) Was nun dieser milderen Meinung den Vorzug zu geben

[6]) Handelsrecht 6. Aufl. § 79.

[7]) Kommentar 3. Aufl. S. 341.

[8]) Kommentar Bd. I, S. 439, 440.

[9]) Man vergleiche Seuffert, Arch. Bd. 20, Nr. 241 u. Bd. 25, Nr. 48 (beide Erkenntnisse sind aber identisch), sodann die Entscheidungen des R.O.H.G. Bd. 7, Nr. 69, S. 263; Bd. 16, Nr. 48, S. 169; Bd. 17, Nr. 48, S. 220; Bd. 21, Nr. 82, S. 252. Ueber Kontraktsbruch im Lehrverhältniss und daraus entweder für den Prinzipal oder für den Lehrling entspringende Ersatzansprüche handeln die beiden Entscheidungen des R.O.H.G. in Bd. 7, Nr. 73, S. 277 und Bd. 14, Nr. 6, S. 21.

scheint, ist vor Allem die Befürchtung von der praktischen Schwerfälligkeit, wenn nicht gar Unausführbarkeit der entgegengesetzten Auffassung. Ueberdies liegt eine weitere Bestätigung darin, dass auch das Römische Recht in gleichen und ähnlichen Verhältnissen die vorzeitige Aufhebung aus wichtigen Gründen nicht anders behandelt hat, wie z. B. den Rücktritt vom übernommenen Mandat, den Rücktritt von einem Sozietätsvertrage u. s. w. Das vom Wortlaut des Art. 62 hergenommene Bedenken wird dahinter zurücktreten dürfen, wenn es auch noch seine weitere Bestärkung durch die Ausdrucksweise in Art. 63 und 64 findet. Hier heisst es gleichlautend: „gegen den Prinzipal (Handlungsgehülfen) kann insbesondere die Aufhebung des Dienstverhältnisses ausgesprochen werden.“ Man wird nicht umhin können, zuzugeben, dass rein vom Standpunkt der grammatischen Auslegung aus Thöl's Ansicht in der That als begründet erscheint, und es ist nur eine Konzession an die praktischen Bedürfnisse, wenn man gleichwohl der entgegengesetzten Meinung beitritt.

Was nun die wichtigen Gründe angeht, so ist ausschliesslich auf richterliches Ermessen zu verweisen. Es gibt keine gesetzlichen Aufhebungsgründe. Zwar sind in Art. 63 und 64 Einzelheiten genannt, welche die Entlassung des Gehülfen oder den Austritt desselben sollen veranlassen können. Allein nichtsdestoweniger bleibt auch für die genannten Fälle das richterliche Ermessen übrig, ob ein wichtiger Grund bei konkreter Sachlage angenommen werden dürfe. Das ergibt sich sowohl aus Absatz 2 des Art. 62, als auch aus dem Wortlaut der Art. 63, 64 selbst: „insbesondere kann ausgesprochen werden u. s. w.“ In der Literatur ist dies besondere Verhältniss denn auch fast ausschliesslich richtig gewürdigt, und nur der Kommentar von Anschütz-Völderndorff (S. 440. 441) macht in dieser Beziehung eine Ausnahme, indem er ausführt, dass bei den in Art. 63, 64 bezeichneten Gründen das richterliche Ermessen für gebunden gehalten werden müsse und die Aufhebung von der Partei schlechthin begehrt werden dürfe. Die Praxis des Leipziger Gerichts hat dagegen die hier als richtig bezeichnete Auffassung von vornherein vertreten und kein Schwanken der Anwendung gezeigt. Wie aber auch die genannten Fälle auf ihre Wichtigkeit stets im Einzelnen noch zu prüfen sind, so lässt sich auch aus ihrer Zusammenfassung kein Prinzip abstrahiren, um die Wichtigkeit eines konkreten Vorfalles daran messen zu können. Die Theorie muss schlechterdings darauf verzichten, dem richterlichen Ermessen irgendwie Grenzen durch Formulirung von Prinzipien zu stecken. Auch die Rechtsprechung darf daher nicht über die Betrachtung des einzelnen Falles hinausgehen und wird jeden Fall lediglich aus sich allein heraus zu entscheiden haben, ob die Auflösung des Dienstverhältnisses nach dem, was vorgefallen, der Aequität und ausgleichenden Gerechtigkeit (jus aequare facto) entspreche. Auf die Besprechung der in den Art. 63, 64 genannten Beispiele mag man daher ebenso verzichten, wie auf die Vergleichung anderer Fälle, in welchen richterliche Entscheidung schon wichtigen Grund gefunden hat. Ob also z. B. Tod des Prinzipals oder zeitweilige Schliessung des Geschäfts genannt werden dürfen, bestimmt sich allein

nach der Würdigung der konkreten Sachlage. Die Judikatur des R.O.H.G. ist aus der Anmerkung ersichtlich.[10])

Nur ein Fall mag noch herausgehoben werden, **Konkurseröffnung** über das Vermögen des Prinzipals. Bisher hat man meistens angenommen, dadurch werde die Entlassung des Handlungsgehülfen auch vorzeitig gerechtfertigt. Indessen nach dem Inkrafttreten der Konkursordnung des deutschen Reichs wird die Anwendung ihres § 19 zu dem Resultate führen, dass dem Konkursverwalter nur die Aufkündigung des Dienstverhältnisses nach der gesetzlichen Vorschrift des Art. 61 zuständig ist, sofern nicht etwa vertragsmässig eine kürzere Frist bedungen war. Eine sofortige Entlassung des Gehülfen wird sonach auch nicht mit Berufung auf Art. 62 erreicht werden können. Denn wenn die Konkursordnung § 19 den Konkursverwalter auf Kündigung in gesetzlicher Weise verweist, so wird nicht gleichzeitig in der Konkurseröffnung noch ein „wichtiger" Grund zum Verlangen sofortiger Aufhebung des Kontraktes gefunden werden können. Nach anderer Seite hat der citirte § 19 aber die besondere Folge, dass Kündigung nach Art. 61 auch dann Platz greift, wenn der Vertrag auf feste Zeit oder längere als die gesetzliche Frist eingegangen war.[11])

Unter den beispielsweise dem richterlichen Ermessen empfohlenen Fällen ist im Art. 64, Nr. 4 aufgeführt, dass der Gehülfe andauernd an der Verrichtung seiner Dienste verhindert wird, sei es durch Krankheit, Abwesenheit oder Freiheitsverlust u. s. w. Eine denselben Fall berührende Frage ist die, wie es mit dem Anspruch des Gehülfen auf Gehalt und Unterhalt stehe, wenn **während** des Dienstes eine solche Verhinderung eintritt. Denn abgesehen davon, dass als wichtig für das Verlangen der Aufhebung erst **andauernde** Behinderung in Betracht kommen kann, bedarf es doch auf alle Fälle und auch dann, wenn in der Folge die Aufhebung ausgesprochen wird, der Entscheidung über die Ansprüche des Gehülfen aus der Zeit, wo er noch im Dienste stand. Nach gemeinem Pandektenrechte hat der operarius den Anspruch auf die merces soweit verloren, als er durch einen seine Person treffenden Zufall an der Leistung seiner Dienste verhindert worden ist, und dazu würde also sowohl Krankheit als Abwesenheit und Freiheitsstrafe gehören.[12]) Bei der neueren

[10]) Von prinzipieller Bedeutung ist zunächst die Entscheidung in Bd. 19, Nr. 38, S. 113, wo auf den Eindruck der Gesammtumstände hingewiesen ist, und die Zusammenfassung einer Reihe vorgebrachter Einzelheiten. Als solche Einzelheiten erscheinen Lässigkeit, Nichteinhalten der Arbeitsstunden, Vernachlässigung der Buchführung, Verletzung des Geschäftsgeheimnisses. Auf Dienstvernachlässigung beziehen sich ferner die Entscheidungen in Bd. 7, Nr. 69, S. 263; Bd. 4, Nr. 82, S. 399; auf religiöse Einwirkung Bd. 1, Nr. 7, S. 36; auf fingirte Geschäftsabschlüsse, welche der Reisende meldet, Bd. 21, Nr. 126, S. 394. In Erkenntnissen anderer Gerichte ist Hazardspiel der Komptoiristen in Erwägung genommen, Seuffert Bd. 12, Nr. 266 und beim Reisenden dessen willkürliches Hinausziehen der Reisen, Seuffert Bd. 14, Nr. 228. Auf Betrieb eigener Handelsgeschäfte bezieht sich Seuffert Bd. 23, Nr. 244.

[11]) Ueber die Einwirkung des Konkurses nach bisherigem und zwar preussischem Recht handelt die Entscheidung des R.O.H.G. in Bd. 19, Nr. 112, S. 391.

[12]) Zu vergleichen Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 5. Aufl. § 401, Anm. 6; v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. 7. Aufl., § 591 sub VI.

Gesetzgebung haben jedoch Billigkeitsrücksichten zu Gunsten des Handlungsgehülfen gesprochen, wenigstens so oft er durch **unverschuldetes Unglück** an der Leistung seiner Dienste verhindert wird. Das periculum ist insoweit auf den Prinzipal übertragen, und Art. 60 hat also festgesetzt, dass ein Handlungsgehülfe, welcher durch unverschuldetes Unglück an Leistung seines Dienstes zeitweise verhindert wird, dadurch seiner Ansprüche auf Gehalt und Unterhalt nicht verlustig gehen soll. Um indessen auch den Prinzipal nicht übermässig zu beschweren, soll derselbe doch nur auf die Dauer von sechs Wochen zu jenen Praestationen verpflichtet sein und davon frei werden, wenn die Verhinderung sich über diese sechs Wochen hinaus erstreckt. Die Voraussetzung des unverschuldeten Unglücks führt nun wieder zu richterlicher Würdigung des einzelnen Falls; im Allgemeinen ist damit ja dasselbe ausgedrückt, was die Römischen Quellen mit dem Worte si per eum non stat quominus bezeichnen. Dass Krankheit oder Kränklichkeit zunächst in Betracht kommen, sofern sie nicht durch Lebenswandel und Ausschweifungen als selbstverschuldet angesehen werden müssen, dass ferner eine zeitweilige Verhinderung eben durch ein **Unglück** hervorgerufen sein müsse, also Einberufung zu einer militärischen Dienstleistung oder eine Reise in Familien- oder persönlichen Angelegenheiten nicht die Anwendung des Art. 60 begründen könne, wird als zweifellos betrachtet werden können. Jener Zeitraum von sechs Wochen ist aber, auch wenn sich die Verhinderungsfälle wiederholen sollten, doch für jeden einzelnen Fall selbständig in Ansatz zu bringen.

II. Die Fabrikarbeiter.

§ 68.

Zwar gehören nach verbreiteter, schon im § 63 besprochener Ansicht zu den Handlungsgehülfen nur diejenigen, welche im Besonderen **kaufmännische** Dienste verrichten, so dass von der Anwendung der im vorigen Paragraphen gegebenen Regeln alle übrigen Arbeiter nicht betroffen werden sollen. Wenn nun auch gegen diese Unterscheidung Verwahrung einzulegen war, so war doch schon bemerkt, dass allerdings die **Fabrikarbeiter** und ihre Verhältnisse einer selbständigen Behandlung theilhaftig geworden sind. Die Bestimmungen des Titel VII. der Gewerbeordnung, welche in allen übrigen Fällen für die Gehülfen und Lehrlinge in Handelsgeschäften nicht gegeben sind, umfassen die Fabrikarbeiter kraft ausdrücklicher und zweifelloser Anordnung. Mag auch der Fabrikbetrieb schlechthin zu den Handelsgeschäften gehören, der Inhaber der Fabrik also Kaufmann und der Fabrikarbeiter deswegen Gehülfe in einem Handelsgeschäfte sein, so reicht der § 154 der Gewerbeordnung seiner Absicht nach doch nicht soweit, die Fabrikarbeiter der Gewerbeordnung ebenfalls zu entziehen. Denn die Verhältnisse derselben sind ja ausdrücklicher Regelung in der Gewerbeordnung unterzogen und dadurch begrenzt sich Umfang und Tragweite des § 154.

Eine genaue Definition des Begriffes **Fabrik** lässt sich um deswillen nicht aufstellen, weil die Fabrik gegen das Handwerk nicht greifbar abgegrenzt ist. Im Allgemeinen handelt es sich um einen Gewerbebetrieb, welcher Rohstoffe bearbeitet oder verarbeitet, also **Produktionsgewerbe** ist im Gegensatz gegen den eigentlichen Handel, welcher lediglich auf den **Umsatz** der Waaren gerichtet ist. Mit der Produktion kann der Umsatz kombinirt sein (Umsatz eigener Fabrikate). Doch ist in beiden Fällen der Gewerbetreibende entweder Fabrikant oder aber Handwerker, und nicht der Gegenstand des Gewerbes, sondern nur der äussere Umfang des Betriebs ergibt den Begriff der Fabrik. Sobald der Betrieb nemlich über den Umfang des Handwerks hinausgeht, beginnt die Existenz einer Fabrik. Wann das der Fall ist, ergibt sich lediglich nach den Anschauungen des Verkehrs, einen wie ausgedehnten Betrieb man dem Hand-

werk als solchem zuzuschreiben geneigt ist. Der Umfang entscheidet, aber die Grenze zwischen dem einen und dem anderen wird doch lediglich durch die öffentliche Meinung bestimmt. Als Parallele solcher Begriffsbestimmung gibt uns das Römische Recht die Unterscheidung von flumen und rivus. Flumen a rivo magnitudine discernendum est aut existimatione circumcolentium. Man hat mitunter das „aut“ dieses Satzes angefochten und gemeint, derselbe gewähre zwei verschiedene Anhaltspunkte für die Beurtheilung. Indessen ist es vollkommen richtig und trifft auch für die Fabrik zu. Die magnitudo entscheidet und trennt wie flumen und rivus so Fabrik und Handwerk; indessen da keine feste Massgrenze besteht, so ist die existimatio der Betheiligten die Instanz, welche das Urtheil über die Ausdehnung des Umfangs spricht. Dieselbe Person mit unveränderten Verrichtungen kann danach zunächst Handwerksgeselle sein, dann Fabrikarbeiter werden, wenn der Meister seinen Betrieb ausdehnt, kann wieder zum Gesellen herabsinken, wenn das Geschäft seinen erreichten Flor wieder einbüsst und so fort. Mit solchem Wechsel ist dann auch eine theilweise Aenderung der Rechtsverhältnisse verbunden.

In formeller Beziehung ist zu bemerken, dass die frühere innere Gliederung des Titel VII. der Gewerbeordnung und damit die Rechtssätze selbst durch die sogenannte Novelle eine wesentliche Aenderung erfahren haben. Ursprünglich waren die Verhältnisse der Fabrikarbeiter von denen der sonstigen Gewerbsgehülfen vollständig getrennt gehalten. Unter I. war in den §§ 105—126 von den Fabrikarbeitern noch gar nicht die Rede, und unter II. in den §§ 127—139 von ihnen ausschliesslich die Rede, und nur ein Theil der unter I. gegebenen Vorschriften (§§ 105—114) war durch § 127 auch auf die Fabrikarbeiter ausgedehnt worden. Inhaltlich war die Abweichung der einzelnen Rechtssätze nicht unbeträchtlich. Jetzt, nachdem Titel VII. durch das Gesetz vom 17. Juli 1878 von Grund aus umgestaltet ist, enthalten unter 1 die §§ 105—120a allgemeine Vorschriften mit Anwendung auch auf die Fabrikarbeiter; die dann folgenden §§ 121—125 über Gesellen und Gehülfen sowie §§ 126—133 über die Lehrlinge sollen nach § 134 auch auf die Fabrikarbeiter zur Anwendung kommen, und erst dann sind in den §§ 134—139b Bestimmungen über die Fabrikarbeiter speziell getroffen. Es ist also keine Bestimmung des Titel VII, welche nicht auch die Fabrikarbeiter mit beträfe, und nur einige gehen sie ausschliesslich an. Materiell liegt das Verhältniss so, dass Manches, was früher den Verhältnissen der Fabrikarbeiter eigenthümlich war, jetzt in die allgemeinen Bestimmungen aufgenommen und also generalisirt worden ist.

Die §§ 135—139b, welche jetzt speziell die Verhältnisse der Fabrikarbeiter betreffen, beschäftigen sich nur mit den **jugendlichen Arbeitern** und wollen sowohl das Mass und den Umfang ihrer Anwendung regeln, als die Erfüllung der Schul- und kirchlichen Pflichten sicher stellen. Daneben sind im Interesse der Erhaltung von Gesundheit und Sittlichkeit auch einzelne Vorschriften über die Beschäftigung von Arbeiterinnen aufgenommen. Privatrechtlichen Inhalt haben alle diese Vorschriften nur insofern, als der Arbeitskontrakt zwischen Arbeiter und Arbeitgeber verpflichtende Wirkung nur bei einem be-

stimmten Alter der Arbeiter und sodann bei weiteren Altersstufen nur mit einer gesetzlichen Beschränkung des Inhalts gewinnen kann.

Was im Uebrigen an privatrechtlichen Vorschriften zu nennen ist, kommt auch ausserhalb des Handelsrechtes zur Anwendung und gehört dem allgemeinen Gewerberecht an, von welchem zwar alle übrigen handelsgewerblichen Gehülfen (durch § 154 der Gewerbeordnung) eximirt sind, dem aber die Fabrikarbeiter wiederum angehören. Wer freilich den Handlungsgehülfen nur im Sinne von speziell kaufmännischen Dienstleistungen versteht, und wer ihm die sonstigen Arbeiter, deren der Kaufmann zu seinem Gewerbebetrieb nicht entrathen kann, gegenüberstellt, wird dann auch diese, obwohl § 154 schlechtweg von „Gehülfen in Handelsgeschäften“ spricht, der Gewerbeordnung zuweisen, so dass das hier Darzustellende dann einen erweiterten Anwendungskreis finden würde.

Allgemein, d. h. ohne Unterscheidung, ob die Fabrikarbeiter noch als Lehrlinge anzusehen sind oder nicht, gilt zunächst der Satz des § 106, dass Prinzipale, welchen die bürgerlichen Ehrenrechte aberkannt sind, sich so lange, als ihnen diese Rechte entzogen bleiben, mit der Anleitung von Arbeitern unter 18 Jahren nicht befassen dürfen, und dass also ein Dienstverhältniss in soweit auch kontraktlich nicht begründet werden kann. Sodann soll nach § 105 kein Kontrakt zu Arbeit auch an Sonn- und Festtagen verpflichten können, sofern nicht etwa die Natur des Betriebes dieser Art ist, einen Aufschub oder eine Unterbrechung gar nicht zu gestatten.

Von besonderer Bedeutung sind aber die §§ 115—119, in welchen bestimmte Rechtsgeschäfte zwischen den Prinzipalen und ihren Arbeitern vollständig und mit der Wirkung der lex perfecta verboten werden. Jene Paragraphen enthalten eine Generalisirung der in dem ursprünglichen Text der Gewerbeordnung für die Fabrikarbeiter ausschliesslich bestimmten §§ 134—139, und abgesehen von einigen Redaktionsveränderungen und Umstellungen ist der Inhalt dieser Vorschriften unverändert geblieben. Aus der Literatur ist über dieselben vorzugsweise zu nennen: **Thöl**, Handelsrecht, 6. Aufl. §§ 83—85; **Mandry**, Der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze § 31, S. 313 ff.

Verboten ist jede andere Art der Befriedigung der Lohnforderung als die Zahlung in baarem Gelde. Was sonst privatrechtlich pro solutione liberatorische Wirkung hat, verliert hier diese Wirkung durchaus. Die Gewerbetreibenden sind verpflichtet, die Löhne ihrer Arbeiter baar in Reichswährung auszuzahlen, bestimmt der § 115, und die Ergänzung dazu erfolgt im § 117: Verträge, welche dem § 115 zuwiderlaufen, sind nichtig. Mit der Folge der Nichtigkeit ist aber das Gesetz noch nicht zufrieden gewesen. Zwar bleibt es noch reine Konsequenz der Nichtigkeit, wenn es im § 116 heisst: Arbeiter, deren Forderungen in einer dem § 115 zuwiderlaufenden Weise berichtigt worden sind, können zu jeder Zeit Zahlung nach Massgabe des § 115 verlangen, ohne dass ihnen eine Einrede aus dem an Zahlungsstatt Gegebenen entgegengesetzt werden kann. Aber auch die Rückforderung des Gegebenen soll für den Prinzipal ausgeschlossen sein; er verwirkt gleichzeitig die an sich zur Entstehung kommende Bereicherungsklage (condictio sine causa) zu Gunsten

der Hülfskasse, welcher der Arbeiter angehört, so dass für diese ein ipso jure eintretender gesetzlicher Erwerb eines Forderungsrechtes stattfindet.

Baare Zahlung in solchem Sinne kann auch die Kompensation mit Gegenforderungen, wenn solche etwa zuständig sein sollten, nicht genannt werden. Freilich ist die Kompensation wirkliche Zahlung und keineswegs pro solutione. Sie gibt dem Gläubiger wirklich das, was er zu fordern hat, und obtrudirt ihm nicht ein aliud pro alio. Nur der Zahlungs**modus** wird bei der Kompensation ein anderer als bei effektiver Zahlung. Die Kompensation ist verkürzte Zahlung, indem hin und her zahlen vermieden und erspart wird, aber sie ist wirkliche Zahlung. Sonach könnte es scheinen, als ob das Verbot des § 115 die Kompensation nicht ausschliessen könne. Nichtsdestoweniger ist auch sie von dem Verbot betroffen, da überhaupt nur **baare Auszahlung** zugelassen wird. Zuständige Gegenforderungen bleiben also nur zu selbständiger Geltendmachung verwendbar, und davon ist nur eine einzige Ausnahme gemacht für Gegenforderungen, welche durch Gewährung von Dingen, welche zum Leben unentbehrlich sind, entstanden sind. Die Verkaufspreise von Lebensmitteln, sofern sie die Anschaffungskosten nicht übersteigen, können so vom Prinzipal durch Anrechnung auf die Lohnforderung eingezogen werden, und ebenso können den Arbeitern Wohnung, Feuerung, Landnutzung, regelmässige Beköstigung, Arzneien und ärztliche Hülfe, sowie Werkzeuge und Stoffe zu den ihnen übertragenen Arbeiten unter Anrechnung bei der Lohnzahlung verabfolgt werden.

Weiter ist aber auch dem Entstehen von Gegenforderungen vorgebeugt. **Die Gewerbetreibenden dürfen ihren Arbeitern keine Waaren kreditiren.** Davon ist allerdings die schon erwähnte Ausnahme gemacht, betreffend die Lieferung der zum Leben und zur Arbeit unentbehrlichsten Gegenstände. Verboten ist jedoch keineswegs der Verkauf von Waaren an die Arbeiter, sondern nur das Kreditgeben beim Verkauf, dieses aber mit der Wirkung, dass die actio venditi den Arbeitgebern gar nicht erworben sein soll (jus crediti non habebit), obwohl dieselbe andererseits doch zur Entstehung kommt und derjenigen Hülfskasse, welcher der Arbeiter angehört, zufällt. Der verbotene Vertrag hat also für den Prinzipal als Verkäufer von Waaren die Folge einer ipso jure eintretenden Verwirkung des aus dem Verkauf entstehenden Forderungsrechtes, das von ihm selbst weder eingeklagt noch zur Anrechnung gebracht noch sonst geltend gemacht werden kann, sondern an jener Hülfskasse einen anderweitigen Inhaber findet.

Verboten ist drittens jede Verabredung des Inhalts, dass die Arbeiter ihre Lebensbedürfnisse bei bestimmten Verkaufsstellen entnehmen sollen. Ob diese Verkaufsstelle, an welcher ein Arbeiter dies oder jenes einzukaufen verspricht, dem Arbeitgeber selbst gehört und der Vertrag also direkt auf dessen eigenen Vortheil gerichtet ist, oder ob der Arbeitgeber nur zu Gunsten guter Freunde oder von ihm patronisirter Geschäfte solchen Druck auf den freien Willen des Arbeiters übt, ist für die Anwendung des Verbotes gleichgültig. Die Wirkung des Verbotes ist die Nichtigkeit jener Verabredung, so dass der Arbeiter vollkommen freie Hand behält, wo er seine Lebensbedürfnisse einkaufen will.

Verboten ist endlich jeder Vertrag, welcher dem Arbeiter eine bestimmte Verwendung seines Verdienstes auferlegen würde. Auch hier soll die soziale Unabhängigkeit des Arbeiters und die Freiheit seiner privatrechtlichen Bewegung gesichert werden, und Nichtigkeit ist auch hier die Folge des Verbotes. Ausgenommen sind jedoch solche Vereinbarungen, welche die Betheiligung des Arbeiters an Einrichtungen zur Verbesserung der Lage der Arbeiter und ihrer Familien betreffen, und so oft sich also der Arbeiter seinem Dienstherrn gegenüber zu Beiträgen solchen Zweckes verbindlich macht, soll er auch in aller Weise Rechtens zur Erfüllung obligirt sein.

Besonders ausgeführt ist noch hinsichtlich der Anwendung aller dieser Verbote, dass auch eine indirekte Umgehung derselben nicht anders behandelt werden soll als die direkte Uebertretung, und dass Verträge des besprochenen Inhaltes, auch wenn sie nicht mit dem Arbeitgeber selbst abgeschlossen sein sollten, sondern etwa mit deren Familienmitgliedern, Gehülfen, Beauftragten, Geschäftsführern u. s. w., in völlig gleicher Weise unverbindlich bleiben. Der Arbeiter soll also in allen jenen Beziehungen nicht blos dem Prinzipal gegenüber frei sein, sondern auch gegenüber keiner in der Fabrik angestellten oder sonst mit dem Inhaber derselben in Verbindung stehenden Person sich binden können.

Gemeinschaftlich für alle Fabrikarbeiter, welche nicht mehr als Lehrlinge arbeiten, sondern schon ausgelernt haben, ist, was die **Auflösung des Dienstverhältnisses** angeht, beiden Theilen d. h. dem Arbeitgeber wie dem Arbeiter ein Kündigungsrecht gegeben, die Lösung des Verhältnisses nach Ablauf von 14 Tagen herbeizuführen. Freilich gilt das nur, wenn nicht ein Anderes verabredet ist, und so kann durch Vertrag sowohl eine feste Arbeitszeit als auch ein Kündigungsrecht mit anderer, sei es längerer oder kürzerer Frist ausgemacht werden. Die Lehrlinge dagegen treten von vorne herein nur auf eine feste Lehrzeit ein, und insofern fällt jenes beliebige Kündigungsrecht bei ihnen fort. Doch gilt die Anfangszeit ihres Dienstes in dem Sinne als Probezeit, dass das Lehrverhältniss während der ersten 4 Wochen durch einseitigen Rücktritt aufgelöst werden kann. Durch Vertrag kann diese Probezeit zwar nicht abgekürzt, wohl aber verlängert werden bis auf 3 Monate. Nach Ablauf der Probezeit wird der Lehrvertrag noch durch den Tod des Lehrherrn aufgehoben, sofern die Aufhebung binnen 4 Wochen begehrt wird. Und endlich bleibt noch ein Verlassen der Lehre zuständig, wenn es geschieht, um zu einem anderen Gewerbe oder einem anderen Berufe überzugehen. Das setzt eine schriftliche Erklärung des Vaters oder Vormundes des Lehrlings oder dieses letzteren selbst, wenn er grossjährig ist, voraus, wodurch nach Ablauf von 4 Wochen das Verhältniss gelöst ist.

Zu diesen Kündigungsbefugnissen kommt dann noch sowohl für Gesellen und Gehülfen als Lehrlinge eine Reihe einseitiger und ohne vorherige Kündigung zu gebrauchender **Aufhebungsgründe** hinzu, kraft welcher der Arbeitgeber den Arbeiter sofort zu entlassen berechtigt ist, resp. welche dem Arbeiter sofort zum Verlassen des Dienstes die Befugniss geben. Und zwar sind es hier rein gesetzliche Aufhebungsgründe, welche einem richterlichen Ermessen in Ansehung

ihrer Wichtigkeit nicht mehr unterstellt sind. Die § 123, 124 und 128 geben die Aufzählung der einen wie der anderen. Grösstentheils ist aber verlangt, dass die Entlassung resp. der Dienstaustritt spätestens binnen einer Woche erklärt werde, nachdem die Kenntniss der zu Grunde liegenden Thatsachen erlangt worden ist.

Muss nun wegen eines unzeitigen und nicht durch zutreffende Gründe gerechtfertigten Dienstaustrittes resp. einer solchen Dienstentlassung der davon betroffene Theil auf eine Schadensersatzklage gegen den Gegner verwiesen werden, so ist noch durch § 125 das Interesse des Geschädigten in besonderer Weise berücksichtigt und gesichert. Ein Arbeitgeber, welcher einen Gesellen oder Gehülfen verleitet, vor rechtzeitiger Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Arbeit zu verlassen, oder welcher einen Gesellen oder Gehülfen annimmt oder behält, von dem er weiss, dass derselbe noch einem anderen Arbeitgeber zur Arbeit verpflichtet ist, soll für den Schadensersatz als Selbstschuldner mitverhaftet sein. Das gleiche ist in § 133 in Ansehung von Lehrlingen verordnet.

Verlässt aber ein Lehrling rechtswidrig die Lehre, so ist hier der Weg des direkten Zwanges dem Arbeitgeber zuständig. Es besteht der Anspruch des Lehrherrn auf Rückkehr des Lehrlings in die Lehre, und zwar wird zur Ausführung dieses Anspruchs nicht erst auf gerichtliches Urtheil, sondern auf polizeilichen Schutz verwiesen. Die Polizeibehörde ist in § 130 angewiesen, dem Antrage des Lehrherrn, falls er nur binnen einer Woche nach dem Austritt des Lehrlings gestellt wird, durch zwangsweise Zurückführung des letzteren Folge zu leisten und auf solche Weise den Lehrling anzuhalten, so lange in der Lehre zu verbleiben, als nicht etwa das Lehrverhältniss durch gerichtliches Urtheil für aufgelöst erklärt ist. Dem Lehrherrn steht also zur Verstärkung seiner eigenen Zuchtgewalt die polizeiliche Hülfe unmittelbar zur Seite, um die Fortsetzung des Verhältnisses zu erzwingen. Nur ist für dieses Zuhülfenehmen der Polizeibehörde, ebenso wie für gerichtliche Geltendmachung des Lehrverhältnisses und der daraus entspringenden Ansprüche, ein für alle Mal zur Voraussetzung gemacht, dass der Lehrvertrag schriftlich abgeschlossen sei. Das gilt auch, wenn Entschädigungsansprüche, sei es vom Lehrherrn oder vom Lehrling, wegen Kontraktsbruchs erhoben werden sollen. Zur vollen rechtlichen Wirksamkeit bedarf also der Lehrvertrag der schriftlichen Abfassung, wenn eben polizeiliche oder gerichtliche Schritte erbeten werden sollen.

III. Die Stellvertretung.

§ 69.

A. Wesen derselben.

Der Betrieb eines jeden Handelsgewerbes besteht in dem Betriebe von Handelsgeschäften, und Kaufmann ist ja nach der Definition des Art. 4 derjenige, welcher gewerbemässig Handelsgeschäfte betreibt. Handelsgeschäfte aber sind **Rechtsgeschäfte**, Geschäfte mit beabsichtigter juristischer Wirkung. Deshalb pflegt man seit langer Zeit auch die dem Kaufmann geleistete Hülfe seiner Handlungsdiener danach zu unterscheiden, ob sie ebenfalls jener juristischen Qualitäten theilhaftig oder ob sie rein faktischer Art ist. Auf die Hülfeleistung bei Rechtsgeschäften wird von Manchen, wie schon berichtet, sogar der Begriff der kaufmännischen Arbeit und Gehülfenschaft gestellt, so dass sie als Handlungsdiener überhaupt keinen anderen wollen gelten lassen als den, welcher eben bei den Handelsgeschäften hilft.

Indessen ist schon das Wort „Hülfe bei Rechtsgeschäften" viel zu ungenau und mehrdeutig, als dass es mit Erfolg zum Ausgangspunkt weiterer Erörterungen genommen werden könnte. Bei der erwähnten Kontroverse über den Handlungsgehülfen ist mit Recht von **Thöl** hervorgehoben, dass jener Ausdruck, Hülfsleistung **bei** dem Ankauf, **bei** der Weiterveräusserung, **bei** dem Waarenumsatz, durch sich selbst über die Art dieser Dienstleistung keinen Aufschluss zu geben geeignet sei. Das bestätigt sich sofort, wenn man erwägt, welcher wesentliche und folgenreiche Unterschied in unseren Systemen des Privatrechts zwischen der **Vermittelung** von Rechtsgeschäften und der **Stellvertretung** gemacht zu werden pflegt. Mit Recht hat sich unsere Doktrin gerade darum bemüht, aus der als zu allgemein und unbestimmt erkannten Kategorie der Hülfe bei Rechtsgeschäften die verschiedenen Möglichkeiten auszusondern. Der Begriff des **Boten** hat sich dabei von dem des **Stellvertreters** getrennt, und im Wesentlichen dreht sich der Unterschied beider um den Punkt, dass der Bote **fremde** Rechtsgeschäfte als Werkzeug der handelnden Person ausführen hilft, vor Allem als Mittel der Willenserklärung und gegenseitigen Verständigung, dass aber der Stellvertreter **selbst** Rechtsgeschäfte abschliesst und also von eigenen Entschliessungen geleitet

Rechtsfolgen seines Willens verwirklicht. Genau genommen leistet daher nur der Bote Hülfe **bei** Rechtsgeschäften, der Stellvertreter aber leistet Hülfe **durch** Rechtsgeschäfte.

Die gewöhnliche Arbeit des Komptoirs besteht in Schreiben und Rechnen, und nur ein Theil derselben lässt sich unter die Rubrik der Hülfe bei Rechtsgeschäften bringen. Andrerseits kommt neben der Vermittelung von Willenserklärungen doch auch das reale Element des Gebens und Empfangens in Betracht, und auch dafür sehen wir den Vermittler thätig, auch hier nur Mittel und Werkzeug (ut operam duntaxat suam accommodarent nobis) fremden Rechtsgeschäftes. An der Kasse also, wo ausgezahlt und eingezahlt wird, wird nicht immer Stellvertretung im juristischen Sinne geübt, und der Kassirer versieht oft nur den Dienst des thatsächlichen Zählens, Gebens und Empfangens, ohne die Rechtsgeschäfte, zu denen diese „res" in Beziehung steht, selbst abzuschliessen.

Die **Stellvertretung** allein ist der Gegenstand besonderer theoretischer und legislativer Erörterung geworden, insofern gerade der Abschluss von Rechtsgeschäften für Andere, die Hülfeleistung durch Vornahme von Rechtsgeschäften nicht ohne Weiteres und schlechthin für zulässig gehalten werden konnte und jedenfalls die Frage, in welcher Weise man dem Bedürfniss nach solchen Hülfsdiensten entsprechen könne, der besonderen Prüfung bedurfte. Für die Hülfe jenes anderen Vermittlers haben sich dagegen keine wesentlichen Bedenken herausgestellt, und wenn das Römische Recht im Prinzip von der Unzulässigkeit der Stellvertretung ausging und nur nach und nach dieses Prinzip theils durchbrach theils umging, so war dasselbe auf die Thätigkeit des Vermittlers überhaupt nicht gerichtet. Immer drehte sich das Problem nur um die Möglichkeit der **Willensvertretung**, und erst als man im Römischen Recht auch diese hin und wieder zuliess, begann die Reihe der eigentlichen Ausnahmen.

Für den Handels- und Geschäftsverkehr kommen hauptsächlich die obligatorisch wirkenden Rechtsgeschäfte in Betracht, und wenn auch gerade das praktische Bedürfniss des Lebens hier zu Modifikationen führte, so hielt doch das Römische Recht auch in der letzten Periode seiner Entwickelung daran fest, dass ein Kontrahiren mit Wirkung für Andere (Stellvertretung) ausgeschlossen bleiben müsse. Man kann freilich nicht sagen, dass das Wesen der Obligationen zu diesem Resultate geführt habe. Denn unter den zugelassenen Fällen direkter Stellvertretung stehen auch wieder Kontrakte wie z. B. Darlehns- und Pfandgabe, und auch bei der prozessualischen Vertretung hatte man sich darüber hinweggesetzt, dass es sich bei der Begründung des Prozessverhältnisses doch um ein den Obligationen ähnliches Verhältniss, um die sogenannte Prozessobligation handelte. Man kann also m. E., was das heutige Recht angeht, nicht wohl auf dem Satze beharren, das eigene Wesen der Obligationen widerspreche der Zulassung der Stellvertretung. Ob der Grund der Römischen Anschauung in einer bewussten Reflexion über Individualismus und im Mangel des Begriffs freier wirthschaftlicher Arbeit zu suchen sei, und ob also der Begriff der Repräsentation im heutigen Recht erst aus einer Umkehr in jenen bedingenden

Grundanschauungen abgeleitet werden dürfe,[1]) mag unerörtert bleiben. Jedenfalls sehen wir den Zug des heutigen Rechtes der Stellvertretung günstig, und bevor noch durch die Gesetzgebung eine Feststellung erfolgte, hatte schon die Doktrin, wiewohl nicht ohne Widerspruch und Anfechtung, die freie Stellvertretung auch bei Kontrakten vertheidigt und gerechtfertigt. Als dann das Handelsgesetzbuch formal die noch bestehenden Zweifel erledigte und zum Abschluss brachte, konnte darin eine Neuerung nicht mehr erblickt werden, sondern nur der Niederschlag dessen, was schon ohnehin von der Theorie vertreten worden war. Und ebenso ergibt sich, dass die handelsrechtliche Lehre von der Stellvertretung in den Hauptregeln sich nicht von der Lehre des jus commune zu entfernen braucht, dass speziell also für das Handelsrecht nichts anderes zu lehren ist, als was die Civilisten überhaupt zu überliefern haben. Auch die über die ganze Frage erwachsene Literatur ist beiden Gebieten, dem engeren Kreise des Handelsrechts und dem Allgemeinen Civilrecht gemeinschaftlich angehörig.[2])

Die Summe dessen, was als die freie Stellvertretung bezeichnet wird, ist im Art. 52 des Handelsgesetzbuches mit kurzen und deutlichen Worten ausgedrückt: „durch das Rechtsgeschäft, welches ein Handlungsbevollmächtigter gemäss der Vollmacht im Namen des Prinzipals schliesst, wird der Letztere dem Dritten gegenüber berechtigt und verpflichtet"; und ferner: „zwischen dem Bevollmächtigten und dem Dritten erzeugt das Geschäft weder Rechte noch Verbindlichkeiten". Durch diesen Rechtssatz ist für die Handelsgeschäfte, mit den Worten **Thöl's**,[3]) viel von dem erledigt, was unter dem Namen unmittelbare Stellvertretung behauptet und erörtert worden ist. Da nun nach Art. 273 die Weiterveräusserungen, welche von Handwerkern in Ausübung ihres Handwerksbetriebes vorgenommen werden, nicht als Handelsgeschäfte zu betrachten sind, so kommt freilich formell jener Satz des Art. 52 auf diese Verkäufe und die dabei vorkommenden Stellvertretungen nicht zur Anwendung, und so sitzt denn der Handwerker mit seinem Verkaufsinstitor, wiederum nach den Worten **Thöl's**,[4]) in der ganzen Staubwolke der hier einschlagenden Untersuchungen und Kontroversen. Da wird also wichtig, was vorhin schon ausgesprochen wurde, dass der Inhalt des Art. 52 schlechthin die Rechtsanschauung der Gegenwart zum Ausdruck bringt, und dass danach keine handelsrechtliche Abweichung von den Lehrsätzen des allgemeinen bürgerlichen Rechtes stattfindet, worüber freilich gerade **Thöl** anderer Meinung ist.

Ueber die Anwendung des Rechtssatzes des Art. 52 soll hier zunächst im Einzelnen noch nicht die Rede sein. Zu erwähnen ist aber noch das Bestreben der Theorie, sich denselben in weiteren Erörterungen zurecht zu legen und vor Allem Rechenschaft über das innere Wesen der Stellvertretung zu geben. Dabei tritt die Fiktion in Benutzung, und was man auch Alles über die

---

[1]) Endemann, Handelsrecht, 3. Aufl. § 27, Anm. 4.

[2]) Einerseits Thöl, Handelsrecht, 6. Aufl. § 70, Anm. 1; andererseits Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 5. Aufl. § 73, Anm. *.

[3]) Handelsrecht 6. Aufl. § 69, Anm. 2.

[4]) A. a. O. § 75.

Werthlosigkeit der Fiktion als Konstruktionsmittel schon gesagt hat, und dass die juristische Auffassung sich ihrer immer nur als eines Nothbehelfes bedienen könne, so sollte doch der demonstrative und didaktische Werth der Fiktion niemals verkannt worden sein. Als Mittel, einen Rechtssatz und seine Folgen dem Verständnisse näher zu bringen, um seine volle Bedeutung und Tragweite zu bezeichnen, wird die Vergleichung mit anderen bekannten Verhältnissen immer ihren Werth zu erkennen geben. Die Aufgabe der Stellvertretung im Rechtsleben ist doch die, Rechtswirkungen, zu deren Begründung eigene Thätigkeit erforderlich wäre, auch durch die Thätigkeit Anderer für sich erreichen zu können, falls man am eigenen Handeln irgendwie behindert sein sollte. Wer dann beschreiben will, dass auch die Handlung eines Stellvertreters zu jenem Erfolge tauglich ist, wird sich immer so ausdrücken können und dürfen, die Handlung des Stellvertreters habe die gleichen Folgen wie die eignen des Prinzipals, das Verhältniss sei so zu behandeln, dass die Willenserklärung des Vertreters diejenigen rechtlichen Wirkungen erzeuge, welche eingetreten sein würden, wenn eine Willenserklärung gleicher Art von dem Vertretenen wäre abgegeben worden. Dass diese Fiktion und Vergleichung im Detail nicht für alle Punkte sich als zutreffend erweist, dass es für manche Einzelheiten doch einen Unterschied ausmacht, dass eben ein Vertreter und nicht der Prinzipal selbst gehandelt hat, kann meines Erachtens die Benutzung jener Vergleichung weder ausschliessen noch im Werthe herabsetzen, wiewohl z. B. **Thöl**[5]) gerade dies an den Darstellungen von **Laband** und **Windscheid** glaubt rügen zu dürfen.

Andererseits kann man meines Erachtens **Windscheid** darin nicht zustimmen, dass die Aufgabe der Stellvertretung die sei, durch eine fremde Handlung eine eigene Handlung vorzunehmen. Vielmehr: eine eigene entbehrlich zu machen, wäre zu formuliren. Und so stehe ich denn meinerseits in der Reihe derjenigen Schriftsteller, welche Vornahme und Wirkung des Rechtsgeschäftes trennen, und also das Rechtsgeschäft des Vertreters als solches Wirkung haben lassen für den Prinzipal. Die Vermittlung dafür liegt in der Vollmacht d. h. in dem Willen, sich die Wirkung fremden Rechtsgeschäftes so gefallen zu lassen als zu begehren. Ueber jenen demonstrativen Werth hinaus vermag ich die Fiktion nicht in Rechnung zu bringen, und selbst die Wendung, welche **Windscheid** zuletzt[6]) seiner Meinung gegeben hat, sieht in ihr ein rechtliches Agens selbständiger Bedeutung, welche ihr doch nicht innewohnt. Die Bedeutung der Vollmacht als des vermittelnden Elementes dürfte auch bei **Thöl**[7]) verkannt sein, insofern derselbe in der Vollmacht des Prinzipals einen eigenen Antheil desselben an dem vom Vertreter abgeschlossenen Geschäft erblicken will. Alle Rechte und Verbindlichkeiten, sagt **Thöl**, entstehen für den Prinzipal nicht schon aus dem Vertrag des Vertreters, sondern vermittelst desselben aus dem gewollten eigenen Vertrag des Prinzipals. Warum denn daneben auch der Vertreter noch als Kontrahent zu denken sein soll, bleibt unerklärt; die Rolle des

---

[5]) Handelsrecht 6. Aufl. § 70, Anm. 6.

[6]) Pandektenrecht 5. Aufl., Bd. I, § 73, Anm. 16 b.

[7]) Handelsrecht 6. Aufl. § 69, 70.

Vertreters käme dabei doch auf die des nuntius hinaus, der an der „Hinweisung auf den Willen und die Willenserklärung des Prinzipals" sich genügen lassen könnte, ohne den Rechtsfolgen Abbruch zu thun. Und sollte man nicht das Wort der Quellen zitiren: aliud est vendere, aliud venditioni consentire? Auch wenn ferner der Prinzipal selbst mit kontrahirt, wie erklärt sich der Römische Rechtssatz, ihn von den Wirkungen des Kontraktes auszuschliessen?

Dagegen ist **Thöl** und Anderen vollkommen zuzustimmen, wenn sie gegen das „Kontrahiren in fremder Person" Einwand erheben. Auch dabei ist der Prinzipal als Selbstkontrahent gedacht, der seinen Vertragswillen in der Person des Vertreters zu erkennen gibt.

In Wahrheit schliesst der Vertreter ein Rechtsgeschäft, welches der Existenz nach **sein** Rechtsgeschäft ist, durch **seinen** Willen, **seine** Handlung in's Leben tritt. Die rechtlichen Folgen aber dieses Rechtsgeschäftes treffen nicht ihn, sondern treffen kraft Vollmacht den Prinzipal. Die juristische Handlung ist bei dem einen, die juristische Wirkung bei dem anderen. Die Fiktion freilich **bewirkt** das nicht, wohl aber erläutert sie das Verhältniss.

Dasein und Umfang der Vollmacht sind dasjenige, was bei der Betrachtung der Einzelheiten zunächst an die Reihe kommt. Nur unter Voraussetzung der Vollmacht haben die Geschäfte des Vertreters Bedeutung und Folgen für den Prinzipal, zu welchem dritte Personen eben nur dann in Beziehung treten können, wenn ihr Kontrahent eben durch Vollmacht des Prinzipals gedeckt ist. Die Terminologie des Handelsgesetzbuches unterscheidet nun Dreierlei: die Prokura, die Handlungsvollmacht, die Vollmacht zu einzelnen Geschäften. Die Prokura ist ein wesentlich kaufmännisches Institut und ist durch einen fest und unabänderlich bestimmten Umfang von den sonstigen Vollmachtsertheilungen geschieden. Das Wort Handlungsbevollmächtigter, so sehr es geeignet wäre, generell die Persönlichkeit eines jeden mit Vollmacht versehenen Vertreters zu bezeichnen, wird danach doch nur im Gegensatz des Prokuristen gebraucht. Die Rubrik des fünften Titels von Buch I. des Gesetzbuches lautet daher: von den Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten.

§ 70

B. Die Prokura.

Der Begriff des Prokuristen ist freilich in erster Linie durch Umfang und Inhalt der ihm ertheilten Vollmachten und Gewalten gegeben. Während aber die frühere Zeit sich daran genügen liess und Prokuristen alle diejenigen nannte, welche vom Prinzipal zur Leitung des Geschäftes und also mit umfassender, auf den Betrieb des Geschäftes ohne Unterschied gerichteter Vollmacht angestellt werden, so dass die Bezeichnung Prokurist auch wechselte mit anderen wie Faktor, Disponent u. s. w., ist hierin durch das Handelsgesetzbuch eine wesentliche Aenderung herbeigeführt worden. Der Prokurist der jetzigen Zeit ist zwar noch immer Gewerbsverwalter, zum Betriebe und zur Leitung des Geschäftes angestellt, unterscheidet sich aber nicht schon dadurch von anderen

Handlungsbevollmächtigten und heisst nicht schon deswegen ein Prokurist. Denn die Vergleichung der beiden Art. 41 und 47 des Gesetzbuches zeigt, dass Jemand ohne Ertheilung der Prokura zum Betriebe eines ganzen Handelsgewerbes bestellt sein kann, und dass also die Prokura ein formell besonderes bedeutet, welches sich von sonstiger Betriebsleitung wohl unterscheidet. Ueberhaupt können sämmtliche Befugnisse, deren Summe den Prokuristen ausmacht, ganz und ungetheilt übertragen werden, ohne dass dadurch ein Prokurist geschaffen wird. Bei völlig gleichen Gewalten kann Jemand Prokurist sein und es nicht sein.

Also nicht die allumfassende Ausdehnung der Vollmachtsbefugnisse unterscheidet eine Prokura im technischen Sinne von der gewöhnlichen Handlungsvollmacht. Der Art. 41, welcher doch die Definition zu geben bestimmt ist, nennt nun als weiteres und vermeintlich genügendes Kriterium, dass Jemand zum Betriebe des Geschäftes mit der Massgabe beauftragt werden müsse, die Firma per procura zeichnen zu dürfen, um dadurch zum Prokuristen zu werden. Man könnte zunächst darin die Meinung finden, das **Firmirungsrecht** mache den Prokuristen aus. Indessen ist das keineswegs gemeint. Denn das Recht zur Zeichnung der Firma Namens und im Auftrage des Prinzipals kommt dem Handlungsbevollmächtigten als solchen zu, wie Art. 48 sofort bestätigt. Das Firmirungsrecht geht in der Stellvertretung schlechthin auf, und wer zum Abschluss von Rechtsgeschäften bevollmächtigt wird, zeichnet eben bei schriftlicher Willenserklärung die Firma für den Prinzipal und mit Wirkung für diesen. Dabei soll, wie Art. 48 vorschreibt, die Zeichnung der Firma mit einem das Vollmachtsverhältniss ausdrückenden Zusatz erfolgen, während jeder eine Prokura andeutende Zusatz zu vermeiden ist. In den Worten des Art. 41 (beauftragt, per procura die Firma zu zeichnen) liegt daher der Nachdruck auf jenem Zusatz, und das wird auch im Art. 44 des Weiteren bestätigt. Die Anstellung eines Prokuristen setzt daher voraus, dass ihm gerade dieses Recht, per procura zeichnen zu dürfen, ertheilt werden soll.

Nun liegt aber darin doch nur ein formeller Unterschied. Wer Prokurist ist, zeichnet als solcher; wer es nicht ist, zeichnet anders. Das Recht, als Prokurist zeichnen zu dürfen, ist eben die Folge der Bestellung zum Prokuristen. Nicht aber ist der Hinweis hierauf geeignet, das Wesen der Prokura mehr als rein äusserlich zu beschreiben. Der Art. 41 ergibt als Resultat somit nichts als den Satz: Prokurist ist derjenige, der dazu bestellt ist. Bestellt wird der Prokurist dadurch, dass ihm die Befugniss, per procura zu zeichnen, ertheilt wird. Das heisst aber nicht mehr als: du sollst Prokurist sein, wie auch Absatz 2 des Art. 41 weiter erkennen lässt. Bei **Anschütz-Völderndorff**[1]) ist deshalb ganz darauf Verzicht geleistet, eine Definition anders als durch Wiederholung des Wortes zu gewinnen. Aehnlich wie bei der Definition des Wechsels (was freilich auch für diesen nicht zutrifft), bleibe auch hier nichts übrig, als zu sagen: die unbeschränkte und als Prokura bezeichnete Stellvertretungs-

---

[1]) Kommentar, Bd. I, S. 301, § 3 a. E.

befugniss. Damit erfährt aber Niemand, was denn eigentlich der Prokura eigenthümlich ist, und weshalb von ihr neben Handlungsvollmacht gesprochen werden muss.

Wenn also das kritische Urtheil zunächst dahin geht, dass gerade das Unterscheidungsmerkmal, welches die Prokura von anderen Vollmachten trennt, in dem definirenden Art. 41 unberücksichtigt gelassen ist, so ist dann zur Ergänzung auf die einzelnen Rechtssätze Bedacht zu nehmen, welche in den weiteren Artikeln ausgesprochen sind. Und da sind es neben Art. 42, welcher freilich grösstentheils nur Interpretativsätze ausspricht, vor Allem die Art. 43, 45 und 46, aus welchen der Begriff der Prokura sich mit Genauigkeit feststellen lässt. Es ergibt sich daraus, dass die Ertheilung einer Prokura und der Name des Prokuristen zum Eintrag in's Handelsregister bestimmt ist und also die Prokura ein der öffentlichen Kenntniss überwiesenes Verhältniss darstellt. Volle Publizität, soweit sie überhaupt durch das Handelsregister vermittelt und erreicht werden kann, soll über die Person des Prokuristen und die ihm gegebenen Vollmachten ausgebreitet werden. Diese Vorschrift hat nur dann Sinn und Bedeutung, wenn auch über den Umfang der Vertretungsbefugnisse völlige Klarheit und eine jeden Zweifel und jede Frage ausschliessende Gewissheit hergestellt zu werden vermag. Deshalb genügt es nicht, dass nur im Allgemeinen der Auftrag zur Leitung des Betriebes dem Publikum mitgetheilt wird. Denn dadurch wären genauere Begrenzungen und engere Schranken nicht ausgeschlossen, und für die Kenntniss des betheiligten Publikums wäre fester Anhalt und ein sicheres Sichverlassenkönnen noch nicht gegeben. Das vermochte nur dadurch erreicht zu werden, dass der Prokura ein unabänderlicher, der willkürlichen Bestimmung ein für alle Mal entzogener gesetzlicher Inhalt ertheilt ward. So ist es durch die Art. 42 und 43 in der That zur Ausführung gebracht, und **die Prokura bedeutet eine Vollmacht zum gesammten Betrieb des Geschäftes, deren Umfang gesetzlich festgestellt und völlig unbeschränkbar ist.** Nur so hat die Publizität praktischen Werth. Was ein Prokurist bedeutet, in welchen Dingen sein Wort so gut ist wie das des Prinzipals selbst, soll nicht von der Untersuchung des einzelnen Falles abhängig sein, und nur Rechtsfrage, nicht Thatfrage noch offen bleiben. Bei der Bekanntmachung solcher Vollmacht wie bei deren Ertheilung genügt daher das eine Wort: Prokura, und wenn dies ausgesprochen ist, kommt eine Untersuchung darüber, was damit gemeint worden und was man sich dabei gedacht habe, nicht mehr in Betracht.

Der gesetzliche und unbeschränkbare Inhalt der Prokura ist nun folgender. Die Vollmacht ist auf den Betrieb des gesammten Geschäftes gerichtet, und die Auslegung führt also von selbst zu dem Satze des Art. 42, dass die Prokura zu allen Geschäften und Rechtshandlungen ermächtigt, welche der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt. Das soll gelten von gerichtlichen sowohl als aussergerichtlichen Angelegenheiten, und jede nach Landesgesetzen etwa erforderliche Spezialvollmacht soll neben der Prokura entbehrlich sein. Geschäfte und Rechtshandlungen werden neben einander genannt. Die Geschäfte des Kaufmanns sind freilich in erster Linie gerade Rechtshandlungen, und insofern mag

man in jener Nebeneinanderstellung mehr eine Häufung von Synonymen, als eine gebotene Berücksichtigung verschiedenartiger Dinge erblicken. Indessen mag der Betrieb eines Handelsgewerbes auch vielfach Geschäfte mit sich bringen, welche nicht zugleich als Rechtshandlungen zu bezeichnen sind, wiewohl anderseits gerade Vollmacht und Stellvertretung nur auf Rechtsgeschäfte bezogen zu werden pflegt. Neben der generellen Bestimmung des Inhaltes der Prokura wäre es auch vielleicht entbehrlich gewesen, noch der Anstellung oder Entlassung von Handlungsgehülfen und Bevollmächtigten im Besonderen zu gedenken. Denn dass der Betrieb eines Handelsgewerbes so die Anstellung von Hülfspersonen der einen oder der anderen Art resp. die Entlassung von solchen mit sich bringt, ist gewiss einem Zweifel nicht ausgesetzt. Anders steht es mit der zweiten positiven Bestimmung, dass zur Veräusserung und Belastung von Grundstücken der Prokurist nur ermächtigt sei, wenn ihm diese Befugniss besonders ertheilt worden. Mit anderen Worten, die Prokura enthält nicht die Vollmacht zu Dispositionen über Grundstücke. Denn ist dem Prokurist zur weiteren Ergänzung auch diese Vollmacht noch besonders ertheilt, so handelt er in solchem Falle doch nicht als Prokurist, sondern als Handlungsbevollmächtigter und kann nicht schon mit der Prokura sich dazu legitimiren. Man pflegt wohl diese Schranke seiner Dispositionsbefugnisse durch die Bemerkung zu erläutern, dass ja nach Art. 275 Verträge über unbewegliche Sachen keine Handelsgeschäfte seien, der Betrieb eines Handelsgewerbes und die Vollmacht dazu sich aber auf die Vornahme von Handelsgeschäften beschränke. Dass aber diese Bemerkung wenig zutreffend ist, zeigt sich schon daran, dass der Erwerb von Grundstücken für das Geschäft durch dessen Betrieb sehr wohl veranlasst sein kann, und dass dabei, obwohl es sich nach Art. 275 wiederum um kein Handelsgeschäft dreht, die Prokura als solche doch genügende Vollmacht enthält. Denn nicht Verträge über Grundstücke schlechthin, sondern nur die Veräusserung oder Belastung von solchen sind dem Prokuristen durch Art. 42 entzogen.

Weiter ist zur Fixirung der Grenzen der Prokura noch der Art. 53 hinzuziehen. Der Prokurist darf ohne Einwilligung des Prinzipals seine Prokura auf einen Anderen nicht übertragen; ihm ist eine Substitutionsbefugniss nicht gewährt. Die Vorschrift schliesst ihrem Wortlaute nach nur die Uebertragung der Prokura aus. Doch wird gewiss der Schluss gerechtfertigt sein, dass noch weniger die selbständige Bestellung eines zweiten Prokuristen gestattet sein könne, wiewohl der Fall einer Uebertragung der Vollmachten dann an sich nicht gegeben sein würde. Wohl mag man sagen, der Betrieb eines Geschäftes könne auch die Bestellung eines zweiten Prokuristen mit sich bringen, und wenn dann dieselbe dem Prokuristen nicht ausdrücklich entzogen sei, so könne ausdehnende Interpretation des Art. 53 auch nicht dazu verwendet werden, den Prokuristen in jenem Punkte zu beschränken. Den Ausschlag geben jedoch nicht sowohl allgemeine Raisonnements über den Vertrauenskarakter der Prokura oder Repräsentation einer kaufmännischen Persönlichkeit, [2]) als vielmehr positiv

---

[2]) Wie z. B. bei Anschütz-Völderndorff, Kommentar Bd. I, S. 395.

der Inhalt des Art. 41, wonach Prokurist nur derjenige ist, welcher von dem Eigenthümer einer Handelsniederlassung (Prinzipal) beauftragt wird. Damit ist gesagt, dass nur der Prinzipal selbst eine Prokura zu gewähren im Stande sein solle.

Im Besonderen erwähnenswerth ist aber für den gesetzlichen Inhalt der Prokura noch, dass der Prokurist kraft seiner Vollmacht zum Betriebe des Gewerbes nicht blos zu solchen Geschäften und Rechtshandlungen berechtigt ist, welche der Betrieb für gewöhnlich mit sich bringt, sondern dass auch das Ungewöhnliche und selten Vorkommende in gleicher Weise von ihm unternommen werden darf, ohne dass eine Ueberschreitung seiner Vollmacht darin gefunden werden kann. Die Vergleichung des Art. 42 mit Art. 47 zeigt gerade auf diesem Punkte eine abweichende Behandlung der Prokura gegenüber der einfachen Handlungsvollmacht. Und weiter noch geht die Verschiedenheit. Im Art. 47 ist zur Begrenzung der Vollmacht Bezug genommen auf solche Geschäfte, wie sie der Betrieb eines derartigen Geschäftes, in welchem Jemand angestellt ist, gewöhnlich mit sich bringt, so dass Geschäftsabschlüsse, welche einer andern Branche des Handels angehören und nicht auch gewöhnlich nebenher mit betrieben werden, von der Vollmacht ausgeschlossen bleiben. Dagegen der Art. 42 enthält eine solche beschränkende Bezugnahme nicht, und die Verhandlungen über die Redaktion dieses Artikels zeigen auch, dass diese Abweichung nicht eine zufällige und unbeabsichtigte ist.[3]) Gerade mit Rücksicht auf diese Erweiterung der Prokura pflegt man wohl den Prokuristen als alter ego des Prinzipals zu bezeichnen, in der Meinung, dass, wie des Prinzipals Entschliessungen unbegrenzt sind, so auch der Prokurist nicht anders beschränkt sei, als durch den Gesichtspunkt des Geschäftsbetriebes überhaupt. Die von einem Kaufmann geschlossenen Verträge gelten ja im Zweifel als zum Betriebe des Handelsgewerbes gehörig,[4]) und so wird man auch von keinem Unternehmen des Prokuristen diese Zugehörigkeit zum Betriebe verneinen dürfen. Damit ist keineswegs auf jede Grenze verzichtet. Das Urtheil über ein abgeschlossenes Geschäft, keine Betriebsmassregel zu sein und unter den Gesichtspunkt der Geschäftsführung überhaupt nicht zu taugen, muss immer noch offen bleiben, und so gut z. B. von der Veräusserungsbefugniss eines Vermögensverwalters gesagt wird, sie bestimme sich nach den Regeln einer geordneten Verwaltung, so hört auch hier die Vollmacht des Prokuristen mit dem Gesichtspunkt des Geschäftsbetriebes auf. Das findet z. B. auf die Veräusserung des ganzen Gewerbes seine Anwendung. Man hebt weiter Verzichte und Schenkungen hervor als in der Regel nicht unter den Geschäftsbetrieb fallend, wie schon die römischen Juristen beim Vermögensverwalter das largiri ex alieno als ausgeschlossen erwähnen.[5]) So bleibt trotz aller gesetzlichen Feststellung des Inhalts der Prokura in dieser Beziehung ein Schwanken möglich, insofern doch für manche Geschäfte nicht ohne Prüfung

---

[3]) Cf. v. Hahn, Kommentar, 3. Aufl., S. 176, 177. Anschütz-Völderndorff, Kommentar Bd. I, S. 321.

[4]) Art. 274.

[5]) Zu vergleichen z. B. Anschütz-Völderndorff, Kommentar, Bd. I, S. 323.

sofort gewiss sein wird, ob sie die Grenze des Geschäftsbetriebes überschreiten oder nicht.

Ertheilung der Prokura. Hat nun, wie ausgeführt, die Prokura ihre Bedeutung in der Gesetzlichkeit und Unabänderlichkeit der Betriebsvollmacht, so wird auch bei der Bestellung eines Prokuristen das Wort Prokura als solches den Ausschlag geben müssen. Denn nicht die Ertheilung einer allumfassenden Handlungsvollmacht macht ja den Prokuristen aus, sondern es muss ihm eben Prokura ertheilt werden. Wie im Wechselvertrag der Gebrauch des Wortes Wechsel unerlässlich ist, so ist es hier das Wort Prokura oder Prokurist. Artikel 41 stellt neben einander: Ertheilung einer ausdrücklich als Prokura bezeichneten Vollmacht; ausdrückliche Bezeichnung des Bevollmächtigten als Prokuristen; und die Ermächtigung, per procura die Firma des Prinzipals zu zeichnen. Alles drei ist nur Variation eines und desselben Gedankens, dass Prokurist Niemand wird, der nicht eben ausdrückt und formell **Prokura** erhalten hat. Wie dies eine Wort Alles entscheidet, so sind daneben weitere Erläuterungen und Vereinbarungen entbehrlich, und vor Allem kann eine Beschränkung des Umfanges der Prokura daneben nicht möglich sein. Das gilt insbesondere, sagt Art. 43, von der Beschränkung, dass die Prokura nur für gewisse Geschäfte oder gewisse Arten von Geschäften gelten, oder dass sie nur unter gewissen Umständen oder für eine gewisse Zeit oder an einzelnen Orten ausgeübt werden solle. Freilich haben solche Nebenbestimmungen rechtliche Bedeutung und Wirkung im persönlichen Verhältniss zwischen Prinzipal und Prokuristen, und Verletzung solcher Beredungen wird den Prokuristen verantwortlich und schadensersatzpflichtig machen. Andrerseits aber die in der Prokura ertheilte Vollmacht, das Mass der Stellvertretungsbefugniss soll dadurch nicht geschmälert werden. Solche Beschränkungen des Umfanges haben dritten Personen gegenüber keine rechtliche Wirkung. Der Art. 43 spricht darüber so unbedingt und absolut, dass auch auf Wissen des Drittkontrahenten von einer etwaigen Beschränkung kein Gewicht gelegt werden kann [6]) und der Prinzipal also die Erfüllung der vom Prokuristen eingegangenen Verbindlichkeiten in keiner Weise abzulehnen im Stande ist. Man kann also für den Fall einer ausgemachten Beschränkung sagen, der Prokurist sei wohl im Dürfen, nicht aber im Können beschränkt.

Befähigt zur Ertheilung einer Prokura ist, wie schon bemerkt, ausschliesslich der Prinzipal als Eigenthümer der Handelsniederlassung, Art. 41. Die Anwendung dieses Satzes auf Handelsgesellschaften ist zunächst durch Art. 104 dahin geregelt, dass bei offener Gesellschaft nur kraft Einwilligung aller geschäftsführenden Gesellschafter die Bestellung erfolgen kann, mit Ausnahme allein von solchen Fällen, wo Gefahr im Verzuge ist. Bei Kommanditgesellschaft (und ebenso bei stiller Gesellschaft) erfolgt die Bestellung eines Prokuristen durch Gemeinschaftswillen aller geschäftsführenden (persönlich haftenden)

---

[6]) Dass auch das Wissen eines Drittkontrahenten von der Beschränkung der Prokura keine exceptio doli gegen ihn begründen könne, sprechen aus die Entscheidungen bei Seuffert, Bd. 23, Nr. 157, sowie das R.O.H.G. Bd. 5, Nr. 64, S. 295 und Bd. 6, Nr. 27, S. 134—141.

Gesellschafter. Bei der Aktiengesellschaft,[7]) bei welcher man die Möglichkeit einer Prokuraertheilung auch wohl ganz in Abrede gestellt hat, ist der Vorstand das Organ, dem auch diese Funktion zufällt. Zwar ist der Vorstand nicht Eigenthümer oder Inhaber des Geschäftes, doch aber die ausschliesslich zur Geschäftsführung und Vertretung bestimmte Instanz. So kann auch beim Einzelkaufmann die Dispositionsunfähigkeit des Prinzipals eine Vormundschaft und gesetzliche Vertretung erforderlich machen, und auch dann geht die Befugniss zur Bestellung eines Prokuristen auf den Vormund über.

Besondere Beschränkung ergibt sich daraus, dass die Ertheilung einer Prokura zum Eintrag in das Handelsregister bestimmt ist. Dadurch wird das ganze Institut der Prokura für diejenigen Kaufleute unzugänglich, welche am Handelsregister keinen Antheil haben. Artikel 10 bestimmt in diesem Sinne ausdrücklich, dass alle Anordnungen des Gesetzbuches über die Firmen und die Prokura auf die Reihe der sogenannten **Kleinkaufleute** keine Anwendung finden sollen. Hier ist also wohl eine Vollmacht zum Betrieb des Gewerbes möglich, nicht aber in der besonderen Form und Gestalt der Prokura. Sollte im Kreise der hierher gehörigen Personen eine Vollmachtsertheilung doch unter dem Worte Prokura erfolgen, so kann doch eine solche Bestellung nur eine Handlungsvollmacht einfacher Art erzeugen; es kommt dann auf die Ermittelung des Vollmachtswillens und seines Umfangs an, um die Befugnisse genauer zu begrenzen.

Zum Eintrag in das Handelsregister ist vom Prinzipal die Ertheilung der Prokura persönlich oder in beglaubigter Schrift bei der Registerbehörde anzumelden, und mit dieser Anmeldung ist seitens des Prokuristen wiederum persönlich oder unter Beglaubigung die Zeichnung der Firma nebst seiner Namensunterschrift zu verbinden, ganz wie dies von der Firmazeichnung des Prinzipals selbst gilt. Uebrigens hat der Eintrag selbst keine eigene direkte Wirkung, vor Allem nicht die, eine Person zum Prokuristen zu machen, welche nicht vertragsmässig dazu bestellt ist. Das wird wichtig, wenn vielleicht aus Irrthum und Missverständniss eine Bevollmächtigung als Prokura eingetragen sein sollte, ohne dass eine Bestellung dazu in Wirklichkeit erfolgt ist. Der Eintrag als solcher gibt dritten Personen kein Recht und eine Klage gegen den Prinzipal kann noch nicht mit dem Hinweise blos auf den Eintrag aufrecht erhalten werden. So mit Recht R.O.H.G. in Bd. 23, Nr. 93, S. 285.

---

[7]) Von der Bestellung eines Prokuristen bei Aktiengesellschaft und Kommanditgesellschaft auf Aktien handeln die Erkenntnisse des R.O.H.G. Bd. 7, Nr. 107, S. 412; Bd. 8, Nr. 80, S. 337; Bd. 9, Nr. 22, S. 70. Besonders hervorgehoben ist in diesen Rechtssprüchen, dass der Prokurist in solchen Fällen auch legitimirt sei, gegen die Aktionäre auf Zahlung ihrer gezeichneten Beiträge Klage zu erheben, und er keineswegs blos die Vertretung und Geschäftsführung nach aussen erhalte. — Bemerkenswerth nach anderer Seite ist auch die Entscheidung in Bd. 13, Nr 76, S. 224, nach welcher für eine Liquidationsfirma d. h. eine in Liquidation befindliche Gesellschaft eine Prokurabestellung nicht mehr zulässig sein soll. Der Grund liegt eben darin, dass ein Geschäftsbetrieb gar nicht mehr erfolgen soll, sondern nur noch die Abwickelung früherer Geschäfte, während doch ein Prokurist gerade zum Geschäftsbetriebe angestellt wird.

Kollektivprokura. Die Prokura kann mehreren Personen gemeinschaftlich ertheilt werden. Dann ist jede Rechtshandlung und jedes Geschäft an die Mitwirkung aller dieser Prokuristen gebunden und nur durch deren übereinstimmende Willenserklärung rechtlich wirksam. Die Kollektivprokura ist in diesem Sinne wirklich eine Beschränkung der Prokura, insofern doch der Widerspruch eines der Prokuristen jede Thätigkeit der anderen lähmt und ausschliesst. Die Gemeinschaftserklärung ist bei schriftlichem Geschäftsabschluss gemeinschaftliche Firmazeichnung; jeder Prokurist hat nach Art. 44 der Firmazeichnung seinen Namen hinzuzufügen, so dass ein ähnliches Verhältniss entsteht, wie bei der Zeichnung der Firma einer Aktiengesellschaft durch die mehreren Vorstandsmitglieder. Bei mündlicher Erklärung kommt sowohl das mit einander als das nach einander sich erklären in Betracht. In der Praxis wird wohl die Frage aufgeworfen, ob eine Vertretung eines Prokuristen durch seinen Genossen zulässig sei, der dann mit Wissen und Willen jenes ein Geschäft allein vornimmt. Die Zulässigkeit einer solchen Ausübung bestehender Kollektivprokura ist indessen zu verneinen.[8]) Ob übrigens auch das eine gültige Kollektivprokura genannt werden darf, wenn der Prokurist an die Mitzeichnung seines Prinzipals oder eines Vorstandsmitgliedes einer Aktiengesellschaft gebunden sein soll, oder ob nicht vielmehr darin eine unzulässige und rechtlich unwirksame Beschränkung der Prokura gefunden werden muss, bleibt trotz der Entscheidung des R.O.H.G. in Bd. 8, Nr. 80, S. 337 bedenklich und zweifelhaft. Die an dieser Stelle aufgestellten Rechtssätze sind in der That nicht omni exceptione majores.

Erlöschen der Prokura. Die Prokura ist in Ansehung ihres Fortbestandes resp. ihrer Endigung nicht abweichend von allen sonstigen Vollmachten behandelt. Die Prokura ist jeder Zeit widerruflich. Vollmacht setzt also schlechthin Willensfortdauer des Vollmachtgebers voraus, und daran vermögen auch Verträge nicht zu ändern. Mag daher auch ein Prokurist auf feste Zeit angenommen sein, die Stellvertretungsbefugniss ist ihm damit nicht zu einem unentziehbaren Rechte geworden. Art. 54 fügt wohl noch hinzu: unbeschadet der Rechte aus dem bestehenden Dienstverhältnisse. Allein damit ist nur gesagt, dass die Gegenansprüche des Prokuristen durch die Vollmachtsentziehung nicht willkürlich gekürzt zu werden vermöchten.[9]) Jene vorbehaltenen Rechte sind nicht etwa auf eine Stellvertretungsbefugniss zu beziehen. — Der Tod des Prinzipals soll das Erlöschen der Prokura nicht zur Folge haben. Zu dem Art. 54 Abs. 2 ist jedoch noch der Inhalt des Art. 297 zu vergleichen: eine Vollmacht, welche von einem Kaufmann in dem Handelsgewerbe ausgegangen ist, wird durch seinen Tod nicht aufgehoben, sofern nicht entgegengesetzte Willensmeinung aus seiner

---

[8]) So auch R.O.H.G. Bd. 17, Nr. 94, S. 402.

[9]) Will nun der Prokurist nach Art. 54 Schadensersatzansprüche gegen den Prinzipal erheben, so können dieselben auf die Thatsache des Widerrufs der Prokura noch nicht gegründet werden. Eine Entschädigung kraft der Rechte aus dem bestehenden Dienstverhältniss hat lediglich dessen vorzeitige und ungerechtfertigte Lösung zur Veranlassung, nicht aber die Prokuraentziehung als solche. Cf. R.O.H.G. Entscheidungen Bd. 5, Nr. 77, S. 348.

Erklärung oder aus den Umständen hervorgeht. Es handelt sich um die Tragweite des letzteren einschränkenden Zusatzes, und ob also auch die Prokuraertheilung auf Lebenszeit des Prinzipals eingeschränkt zu werden vermöge. Die Frage ist nach dem Wesen der Prokura zu verneinen, und die gesetzliche Unbeschränkbarkeit derselben erstreckt auch hierher ihre Wirkung. Der Art. 54: „der Tod des Prinzipals hat das Erlöschen der Prokura nicht zur Folge", hat also absolute Geltung und ist durch Willkür nicht dahin veränderlich, dass der Tod dennoch ipso jure das Verhältniss lösen solle.

Auch das Erlöschen der Prokura soll vom Prinzipal zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden. In wörtlicher Uebereinstimmung mit Art. 25, welcher von der Aenderung in den Verhältnissen einer eingetragenen Firma spricht, ist nun auch in Ansehung einer erloschenen Prokura durch Art. 46 der Rechtssatz aufgestellt, dass Dritten gegenüber die Prokura so lange als noch vorhanden fortwirken soll, bis auch das Erlöschen eingetragen und öffentlich bekannt gemacht ist. Bis dahin kann der Prinzipal, gegen welchen Ansprüche aus Geschäften des früheren Prokuristen geltend gemacht werden, die Erfüllung derselben nur ablehnen, wenn er zu beweisen im Stande, dass dem Dritten die Aufhebung der Prokura bei Abschluss des Geschäfts doch schon bekannt gewesen ist. Dieser Satz ist die naturgemässe Folge der durch das Handelsregister und die Bekanntmachung der Einträge beabsichtigten Publizität. Das Publikum, welchem in solcher Weise bestimmte Verhältnisse mitgetheilt werden, darf dieselben so lange als fortbestehend annehmen, bis eine Aenderung in gleicher Weise bekannt gemacht ist, und es besteht keine Erkundigungspflicht in Ansehung des Fortbestandes als lediglich beim Register und den Veröffentlichungen aus demselben. Umgekehrt gilt aber auch der Satz, dass dritte Personen den vollzogenen Eintrag, der auch bekannt gemacht ist, gegen sich gelten lassen müssen und also den Prinzipal aus einem Geschäfte des früheren Prokuristen dann nicht mehr in Anspruch nehmen können. Doch ist dieser zweite Satz kein absolut anzuwendender, und es bleibt daneben die Möglichkeit eines entschuldbaren Irrthums; die Umstände können die Annahme begründen, dass der Drittkontrahent beim Abschlusse des Geschäftes das Erlöschen der Prokura trotz Eintrag und Bekanntmachung **nicht habe kennen müssen** (Art. 46), d. h. dass ihm aus seinem Nichtwissen kein Vorwurf gemacht werden dürfe. Das Nichtwissen ist also je nach den Umständen entschuldigt oder unentschuldbar. Unrichtig ist es zu sagen, der Eintrag begründe eine Vermuthung für die Kenntniss, so dass der Dritte so lange als wissend genommen werden müsste, bis er sein Nichtwissen und zugleich die Entschuldbarkeit desselben nachgewiesen hätte.[10] Der Art. 46 statuirt keineswegs die Beweislast des Dritten, sondern spricht nur aus, dass die

---

[10]) Eine solche Präsumption wird angenommen bei Anschütz-Völderndorff, Kommentar Bd. 1, S. 344. Dagegen aber mit Recht v. Hahn, 3. Aufl., S. 65, woselbst über die Beweislast weitere Erörterungen angestellt sind. Aber auch Thöl, Handelsrecht 6. Aufl., § 54, S. 183 lehrt, dass der Dritte sein entschuldbares Nichtwissen beweisen müsse; nicht minder wird Endemann, Handelsrecht 3. Aufl. § 21, S. 94 u. § 28, S. 124 so zu verstehen sein.

ignorantia sowohl entschuldbar als unentschuldbar sein könne, und dass darüber die Umstände des einzelnen Falles die Entscheidung zu geben hätten. Für den Fall der Unentschuldbarkeit, und das ist der besondere Rechtssatz, soll der Dritte das Erlöschen trotz seines Nichtwissens gegen sich gelten lassen. Man kann nicht sagen, dass mit diesen Worten die Beweislast schlechthin auf den Dritten gelegt sei.

§ 71.
C. Die Handlungsbevollmächtigung.

Abgesehen von dem Falle der Prokura bestehen keinerlei zwingende Vorschriften über den Inhalt einer Handlungsvollmacht, sondern es reicht immer die Vollmacht soweit und nur soweit, als der Wille des Prinzipals sie geben wollte und gegeben hat. Zur Entscheidung des einzelnen Falles kommt es also auf Thatfrage und genauer voluntatis interpretatio an, um zu sehen, ob ein abgeschlossenes Rechtsgeschäft der ertheilten Bevollmächtigung entspricht. Am einfachsten erledigt sich diese Frage, wenn eine Vollmacht sich grade nur auf einzelne, bestimmt vorgesehene Geschäfte bezieht, und überall, wo über den Inhalt der Vollmacht sich wegen ihrer genauen Bezeichnung kein Zweifel zu ergeben vermag. Man pflegt wohl die **Spezialvollmacht** der **General**vollmacht entgegenzusetzen und denkt bei jener meistens an die Bevollmächtigung zu einem einzelnen, konkret bestimmten Geschäfte. Indessen ist die Werthlosigkeit jener Unterscheidung schon mehrfach erkannt, und in Wahrheit hat der genannte Gegensatz nur relative Bedeutung. Denn es kommt eben nur darauf an, ob der Inhalt einer Vollmacht genau fixirt oder nur im Allgemeinen ausgedrückt ist. Entweder also bedarf die Frage, was enthält die Vollmacht? keiner anderen Antwort als der Verweisung auf die ausdrückliche demonstratio, oder aber es ist durch Willensauslegung erst zu bestimmen, was Alles unter die Vollmacht fällt.

Für die rechtliche Behandlung der Stellvertretungsverhältnisse ist überdies die ganze Unterscheidung werthlos, und es ist dabei lediglich von der Vollmacht zu Handelsgeschäften auszugehen, möge nun dieselbe ausschliesslich für ein im Voraus konkret bezeichnetes Geschäft ertheilt und mit Vornahme desselben erledigt sein, oder aber weiteren Spielraum für einen ganzen sogenannten Geschäftskreis gewähren. Freilich der Art. 47 setzt den Begriff des **Handlungsbevollmächtigten** nur in gewisser Beschränkung fest; indessen liegt die Ausgleichung in den späteren Artikeln 297 und 298, durch welche grade für die Behandlung der Stellvertretungsfragen auf die Eigenschaft des Vertreters als Handlungsbevollmächtigter Verzicht geleistet wird. Ob also diese spezielle Eigenschaft als Handlungsbevollmächtigter vorhanden ist oder nicht, ist für die Anwendung von Art. 52 und 55 gleichgültig. Hauptsächlich nur wegen des sogenannten inneren Verhältnisses zum Prinzipal hat jener Begriff Bedeutung, wiewohl auch hier nur in gewissen Fällen. Denn der Art. 56, dessen Anwendung der allein in Betracht kommende Punkt ist, setzt (neben der Prokura) einen zum Betriebe eines ganzen Handelsgewerbes bestellten Handlungsbevollmächtigten

voraus. Soweit also die Anwendung des Art. 56 in Frage steht, wird es folgenreich, die Stellung als Handlungsbevollmächtigter zu betonen. Im Uebrigen hat die Verwendung dieses Worts ausserhalb der Grenzen des Art. 47 zwar keine formelle Berechtigung, aber auch keine sachlichen Nachtheile.[1])

Auf Grund der Bestimmung des Art. 47 wird nun **Handlungsbevollmächtigter** zunächst derjenige genannt, welcher als Generalhandlungsbevollmächtigter zum Betrieb des ganzen Gewerbes, wiewohl ohne **Prokura**, vom Prinzipal bestellt worden ist. Aber auch wer nur zu einer bestimmten Art von Geschäften, angestellt ist, z. B. zu Geschäften an auswärtigen Orten als Reisender, zur Verwaltung der Cassageschäfte als Kassirer u. s. w., wird noch in gleicher Weise bezeichnet. Ein etwas streitiger Punkt ist aber der Satz, dass auch, wer zu **einzelnen** Geschäften bestellt ist, ebenfalls noch als Handlungsbevollmächtigter zu bezeichnen sei. Denn es entsteht nun die Frage, wo die Grenze gegen die in Art. 298 behandelten Vollmachten liege. Wer von einem Kaufmann Vollmacht zum Abschluss eines einzelnen Geschäftes erhält, wird dadurch nicht Handlungsbevollmächtigter, wie sich aus Art. 298 ergibt. Wenn aber ein Prinzipal Jemanden zu einzelnen Geschäften in seinem Handelsgewerbe bestellt, so kreirt er nach Art. 47 einen Handlungsbevollmächtigten. Worin liegt der Unterschied? Man hat wohl als wesentlich die Thatsache eines Abhängigkeits- oder Dienstverhältnisses betont; aber man kann Handlungsgehülfe sein, also im Dienstverhältnisse stehen, ohne durch eine gelegentlich ertheilte Vollmacht zum Handlungsbevollmächtigten zu werden, wie Art. 58 zeigt. Macht etwa der Plural (zu einzelnen Geschäften) im Gegensatz des Singulars (zu einem einzelnen Geschäfte) den Unterschied aus? Auch das muss verneint werden; es ist gleichgültig, ob eine Vollmacht auf ein einziges Geschäft oder auf eine Mehrheit, sei es gleichartiger oder ungleichartiger Geschäfte sich bezieht. In der Anweisung eines gewissen **Geschäftskreises** erblicken die Kommentare von **Anschütz-Völderndorff** und **v. Hahn** die Lösung der gestellten Frage. Von **Bestellung** kann nur gesprochen werden, wo ein Geschäftskreis vorliegt, sagt **v. Hahn.** Aehnlich ist der Ausdruck bei **Anschütz-Völderndorff**: Handlungsbevollmächtigter ist derjenige, welcher innerhalb eines, wenn auch kleinen Kreises, innerhalb eines, wenn auch beschränkten Gebietes zu handelsgewerblicher Thätigkeit bestellt ist. Das Karakteristische des Handlungsbevollmächtigen soll danach die **präsumptive Vollmacht** sein, wie **v. Hahn** hervorhebt. Ich gestehe, die Bedeutung dieses Ausdruckes nicht vollkommen zu erfassen. Gemeint ist wohl damit, dass das Gebiet der Thätigkeit des Handlungsbevollmächtigten erst durch die Verweisung auf den vermuthlichen Willen des Prinzipals soll gefunden werden, dass also jener Geschäftskreis, wie er in der Bestellung angewiesen worden, immer erst durch Interpretation ermittelt werden könne. Ueberhaupt legt das Wort Geschäftskreis den Gedanken nahe, als ob es sich dabei um

---

[1]) Das Reichsoberhandelsgericht hat sich in seinen Entscheidungen nicht immer formell korrekt ausgedrückt. Darüber sind zu vergleichen Thöl, Handelsrecht 6. Aufl. § 57, Anm. 2—4; v. Hahn. Kommentar 3. Aufl. S. 169, 188.

eine Mehrheit verschiedener Rechtsgeschäfte handeln solle, so dass die „Bestellung zu einzelnen Geschäften" in solcher Beschränkung zu verstehen sein würde. Diese einzelnen Geschäfte, im Plural gedacht, bilden zusammen jenen Geschäftskreis, unter welchen dann auch andere, nicht genannte Geschäfte um ihrer Gleichartigkeit willen zu ziehen seien.

Unseres Erachtens ist diese Auslegung des Art. 47 nicht zu rechtfertigen. Ein Geschäftskreis solcher Art ist für den Handlungsbevollmächtigten in der That darin nicht gefordert. Der Gegensatz von Art. 47 und Art. 298 liegt vielmehr im Folgenden. Wer nur zu einem einzigen Geschäfte oder zu mehreren, aber geschlossen aufgezählten Geschäften bevollmächtigt ist, gehört nicht dem Art. 47 an und ist nicht Handlungsbevollmächtigter. Bestellt sein zu einzelnen Geschäften bedeutet vielmehr zu einer offenen und ungezählten Reihe Vollmacht zu empfangen, wenn es sich dabei auch nur um die Wiederholung immer eines und desselben Geschäftes handelt. So kann sich die Handlungsvollmacht des Art. 47 inhaltlich auf ein einziges Geschäft beschränken und setzt keineswegs einen Geschäftskreis voraus; die Anstellung bedeutet aber, dass so oft sich dieses Geschäft wiederholt im Betriebe des Gewerbes, dasselbe eben von dem dazu bestellten vorgenommen werden solle. Das ist Bestellung zu einzelnen Geschäften. Nicht also der Geschäftskreis macht den Handlungsbevollmächtigten aus, sondern mit den Worten Thöls,[2]) die Bestellung zu ungezählten einzelnen Geschäften in einem Handelsgewerbe, und dabei kann es sich auch um ein einziges, aber häufig oder mehrfach wiederkehrendes Geschäft handeln. Die Folge ist, dass keineswegs immer Interpretationen und Interpretativsätze nothwendig werden, um die Grenzen der Befugnisse des Bevollmächtigten aufzudecken.[3])

Für die Mehrzahl der Fälle freilich, wo nicht einzelne Geschäfte sondern der Betrieb des Gewerbes ganz und ungetheilt oder wenigstens in gewissen Richtungen den Inhalt der Vollmachten bilden, wird Willensauslegung zu geschehen haben und werden Anhaltspunkte gesucht werden müssen, um für die einzelnen Vorkommnisse die Entscheidung zu geben. Von einem **gesetzlichen** Inhalt der Handlungsvollmacht kann man dabei, wie freilich mehrfach geschieht, in Wahrheit gar nicht sprechen. Denn es gilt hier uneingeschränkt der Satz, dass die Vollmachtsbefugnisse immer nur soweit reichen, als sie durch die Willkür des Prinzipals gewährt worden sind. Der Handlungsbevollmächtigte hat niemals gesetzlich festgestellte Befugnisse. Das Handelsgesetzbuch hat auch nur **Interpretationsregeln**, welche Fingerzeige für die voluntatis interpretatio ertheilen, keineswegs aber Rechtsregeln über den Umfang der Handlungsvollmachten.

Vor Allem der gesammte Inhalt des Art. 47 ist solcher Art und bringt

---

[2]) Handelsrecht 6. Aufl. § 57, S. 196.

[3]) Allerdings hat sich in der Praxis das R.O.H.G. nicht immer korrekt gehalten. Es hat z. B. den Art. 47 zur Anwendung gebracht, wo ein Prinzipal seinem Gehülfen ein einzelnes genanntes Geschäft aufgetragen hatte, und hat die so ertheilte Vollmacht ausgedehnt auf das, was gewöhnlich ein solches Geschäft weiter noch mit sich zu bringen pflege. Cf. Entscheidungen Bd. 1, Nr. 72, S. 252.

in seinem ersten Theil nichts als die Verweisung auf das, was beim Betriebe eines Handelsgewerbes gewöhnlich vorzufallen pflegt. Wer zum Betrieb des ganzen Handelsgewerbes bestellt ist, ist zu allem demjenigen bevollmächtigt, was der Betrieb ordentlicher und gewöhnlicher Weise mit sich bringt. Nichts ist selbstverständlicher als dieser Satz, und hervorzuheben ist daran nur, dass diese Betriebsvollmacht sich nach naheliegender Erwägung nur auf das beziehen soll, was eben der Betrieb eines derartigen Gewerbes für gewöhnlich mit sich bringt. Dadurch ist sowohl auf allgemeine Umstände und Verhältnisse als auf die besonderen Beziehungen und die Spezialitäten gerade des vorliegenden Geschäftsbetriebes[4]) verwiesen. Vollmacht zum Ungewöhnlichen, Ausserordentlichen hat daher ein sogenannter Disponent oder Generalhandlungsbevollmächtigter als solcher noch nicht; die Betriebsvollmacht umfasst nach wohl begründeter Willensauslegung solche Geschäftsabschlüsse nicht, welchen diese Eigenschaft beigelegt werden müsste. In gleicher Weise gilt das aber auch von der Bestellung zu bestimmter Art von Geschäften oder einzelnen Geschäften und nur, was die Ausführung derartiger Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt, fällt in jene Vollmacht, sofern nicht positive Erweiterung und ausdrückliche Erstreckung auch auf andere Geschäfte stattgefunden hat.

Dass die Willensauslegung es ist, welche zu diesem Resultate führt, und dass der Art. 47 nichts als solche Interpretation vornimmt, zeigt sich sofort daran, dass auch eine Beschränkung dieses präsumptiven Umfangs durchaus zu den Rechten des Prinzipals gehört. Der Begriff eines Handlungsbevollmächtigten gestattet jede beliebige Begrenzung seiner Befugnisse, und immer belegt es sich, dass wir es nicht mit gesetzlichem Inhalt der Handlungsvollmacht zu thun haben. Nur ist es dann eine Forderung der Sicherheit des Geschäftsverkehrs, dass eine solche Beschränkung der Vollmacht unter das gewöhnliche Mass kundlich gemacht werde. Denn wenn die Bestellung zum Handlungsbevollmächtigten an sich die Bevollmächtigung zu einem bestimmten Geschäftskreise in sich trägt, so werden dritte Personen, welche in rechtliche Beziehungen zu dem Bevollmächtigten treten, den gleichen Schluss zu ziehen berechtigt sein, welchen der Art. 47 zum Ausdruck bringt, und jenen für soweit legitimirt erachten dürfen, als ein dem gewöhnlichen Geschäftsbetriebe angehöriges Geschäft in Frage steht. Eine besondere Erkundigung nach etwa vorhandener Beschränkung der Vollmacht wird man dem Publikum nicht zur Pflicht machen können, und nur sofern die Umstände die Vermuthung einer Beschränkung gradezu an die Hand geben, wäre es crassa negligentia, einer solchen Vermuthung nicht nachzugehen und die Einziehung von Nachrichten zu unterlassen. Die Erkundigungspflicht kann also zwar unter Umständen angenommen werden müssen, im Allgemeinen

---

[4]) Dass die Verweisung auf die Vorkommnisse eines „derartigen" Geschäftsbetriebes ausschliesslich zur Vergleichung der Gattung im Ganzen berechtige, die Berücksichtigung der individuellen Verhältnisse des jeweiligen Prinzipals aber ganz ausschliesse, ist in früherer Zeit von der Praxis mitunter vertheidigt; cf. Seuffert Bd. 24, Nr. 54 (Berliner Obertribunal). Dagegen aber mit Recht die Entscheidung des R.O.H.G. in Bd. 6, Nr. 30, S. 154.

aber und für den gewöhnlichen Fall darf auch das Publikum annehmen, was Art. 47 über den Umfang einer Betriebsvollmacht ausspricht.[5]) Will daher der Prinzipal eine Beschränkung dieses gewöhnlichen Umfangs der Vollmacht Dritten gegenüber zur Ablehnung erhobener Ansprüche geltend machen, so wird er dazu nur berechtigt sein, wenn er für die Bekanntmachung der behaupteten Beschränkung zuvor in gebührender Weise Sorge getragen hatte. Ganz in dieser Weise betonten schon die Römischen Juristen die Nothwendigkeit eines **palam** proscribere, wenn die Befugnisse des institor in besonderer Weise beschränkt werden sollten. Ein solches Kundmachen kann generell gegenüber dem Publikum erfolgen, oder wenigstens an die Kreise der Geschäftsfreunde oder an die Kundschaft, durch Circular, mündliche Mittheilung, öffentliche Bekanntmachung in gelesenen Zeitungen u. s. w., durch Anschläge im Geschäftslokal (palam proscribere). Grade dies letztere Mittel der Kundmachung wird gegenüber der Anwendung des Art. 50 in Betracht kommen, wonach ja jede in einem Laden oder offenen Magazin oder Waarenlager angestellte Person für ermächtigt gelten soll, daselbst Verkäufe und Empfangnahmen gewöhnlicher Art vorzunehmen. Und ebenso wenn nach Art. 49 die Handlungsreisenden auch zur Einziehung der Kaufpreise und zur Gewährung von Zahlungsfristen befugt sein sollen, so ist wiederum bei konkret entgegengesetztem Willen des Prinzipals auf jenes Kundmachen zu verweisen.

Das allgemeine Prinzip des Art. 47, dass der Umfang einer Handlungsvollmacht nach dem beurtheilt werden möge, was der gewöhnliche Betrieb eines derartigen Gewerbes oder die Ausführung derartiger Geschäfte mit sich zu bringen pflege, hat dann in den Art. 49, 50 noch besondere Anwendungen erfahren, bei welchen nicht blos jenes Prinzip wiederholt, sondern durch die Aufzählung gewisser einzelner Geschäfte in der Art bestätigt ist, dass für dieselben eben um ihrer Gewöhnlichkeit willen die Vollmacht als vorhanden solle angenommen werden können.

Handlungsreisende sind solche Handlungsbevollmächtigte, welche der Prinzipal zu Geschäften an auswärtigen Orten verwendet. Von ihnen heisst es nun im Art. 49, dass die Bestimmungen des Art. 47 hier unverändert zur Anwendung kämen, und danach sollen sie insbesondere für ermächtigt gelten, den Kaufpreis aus den von ihnen abgeschlossenen Verkäufen einzuziehen oder dafür Zahlungsfristen zu bewilligen. Auch hiermit ist dem Handlungsreisenden keinerlei gesetzliche Befugniss zugelegt, sondern nur die Meinung ausgesprochen, dass die Ausführung dessen, was den Handlungsreisenden aufgetragen sei, auch jene Geschäfte gewöhnlich zu umfassen pflege. Wiederum wird der Prinzipal, der diesen gewöhnlichen, also zunächst zu vermuthenden Umfang der Vollmacht

[5]) Die gleichen Prinzipien über dies vermuthen dürfen resp. sich erkundigen müssen liegen den Entscheidungen des R.O.H.G. zu Grunde in Bd. 10, Nr. 26, S. 142 und Bd. 23, Nr. 115, S. 348. Einzelheiten über das, was nach der Meinung der Gerichte gewisse Geschäfte gewöhnlich mit sich bringen, oder umgekehrt nicht gestatten, ergeben sich aus Seuffert Bd. 20, Nr. 156; Bd. 29, Nr. 122. R.O.H.G. Bd. 1, Nr. 72, S. 251; Bd. 15, Nr. 86, S. 305; Bd. 12, Nr. 2, S. 9. Weitere Citate noch speziell zu Art. 49, 50.

verkürzen will, für gebührliches Kundmachen Sorge zu tragen haben. Ob für die sogenannten **Stadtreisenden** die gleichen Befugnisse für herkömmlich und gewöhnlich anzusehen seien, bleibt richterlicher Erwägung ebenso vorbehalten, wie die Frage, ob den eigentlichen Reisenden nicht herkömmlich noch andere Befugnisse als die im Art. 49 genannten zuständig seien.[6]) Es kommt von selbst in Betracht, dass Art. 49 ja nur Beispiele aufzählt, welche **insbesondere** hervorzuheben von Wichtigkeit scheinen mochte. Die Vollmacht zu Geschäftsabschlüssen an auswärtigen Orten bildet den eigentlichen Inhalt der Anstellung des Reisenden, und es frägt sich also, was die Ausführung eines solchen Gewerbebetriebes im Umherziehen gewöhnlich mit sich bringt. In der Praxis handelt es sich oft um die sogenannten Provisionsreisenden, selbständige Gewerbtreibende oder Reisende fremder Prinzipale, welche aber gegen Provision auch Geschäftsabschlüsse sonstiger Personen in deren Auftrag und Vollmacht übernehmen. Direkt ist auf solche Personen der Art. 49 nicht anwendlich. Indessen wird das Publikum sie ohne weitere Erkundigungen für gewöhnliche Reisende ansehen dürfen, so dass die analoge Anwendung des Art. 49 sich daraus in der That ergibt.[7]) Besondere Kontroversen pflegen sich darum zu drehen, wieweit die Reisenden zur Bewilligung von kleinen Nachlässen und Ausgleichung von Differenzen zwischen ihrem Prinzipal und dessen Schuldnern befugt sind. Hier ist alles der richterlichen Würdigung überlassen, ob dergleichen Abmachungen als den Reisenden gewöhnlich zuständig betrachtet werden dürfen. Der Art. 49 schliesst die Bejahung dieser Frage weder aus noch zwingt er dazu.[8])

Eine zweite besondere Anwendung macht Art. 50 in Ansehung aller in einem Laden oder in einem offenen Magazin oder Waarenlager[9]) angestellten Personen, welche für ermächtigt gelten sollen, daselbst **Verkäufe** und **Empfangnahmen** vorzunehmen, wie sie in einem derartigen Laden, Magazin oder Waarenlager gewöhnlich geschehen. Das Wesentlichste an diesem Artikel dürfte der Rechtssatz sein, dass jede Anstellung in einem Verkaufslokal stillschweigend eine Handlungsvollmacht in sich schliesse. Denn wenn es sonst im Art. 58

---

[6]) Cf. v. Hahn, Kommentar 3. Aufl., S. 194, Anm. 1. Anschütz-Völderndorff, Kommentar Bd. I, S. 364—371.

[7]) So R.O.H.G. Bd. 1, Nr. 44, S. 150; Bd. 5, Nr. 47, S. 207; Bd. 9, Nr. 31, S. 104; Bd. 15, Nr. 111, S. 405.

[8]) Cf. Seuffert Bd. 5, Nr. 130; Bd. 22, Nr. 160 I und II; Bd. 26, Nr. 152. R.O.H.G. Bd. 6, Nr. 90, S. 400; Bd. 7, Nr. 31, S. 115. Verworfen ist speziell die Aufhebung von Forderungen des Prinzipals durch Kompensation mit Schulden des Reisenden, Seuffert, B. 35, Nr. 51. Zahlungen an den Reisenden aus Geschäftsabschlüssen seines Reisevorgängers sind behandelt vom R.O.H.G. Bd. 4, Nr. 59, S. 301.

[9]) Was alles ein Laden genannt werden dürfe, ist nicht jedem Zweifel entzogen. Das Komptoir eines Bankiers wird in Seuffert, Arch. Bd. 21, Nr. 68 ebenfalls dazu gerechnet, während das R.O.H.G. nur unter besonderen Umständen diese Ansicht vertreten will und keineswegs im Allgemeinen ein Bankbureau als Laden im Sinne des Art. 50 gelten lässt. Cf. Entscheidungen Bd. 12, Nr. 11, S. 38. Dagegen hat Art. 50 analoge Anwendung auch in Leipzig gefunden bei Empfangnahmen, welche der Steuermann eines Schiffs an Bord desselben vollzieht, Bd. 20, Nr. 37, S. 121.

heisst, ein Handlungsgehülfe sei nicht ermächtigt, Rechtsgeschäfte vorzunehmen, so erfährt hier diese Bestimmung eine wesentliche Beschränkung ihrer Anwendung. Der Art. 50 spricht von Angestellten ohne jede Unterscheidung und muss deshalb auf Handlungsgehülfen so gut bezogen werden als auf Handlungsbevollmächtigte. Jeder, welchem seine Anstellung zu irgend welchen Verrichtungen das Verkaufslokal anweist, auch wenn er sonst keinerlei Auftrag zu Rechtsgeschäften empfangen hat, soll, abgesehen von ausdrücklicher gegentheiliger Willenserklärung des Prinzipals, dennoch als bevollmächtigt gelten. Angestellt sein in einem Laden oder Magazin erfordert die berufsmässige Anwesenheit und Thätigkeit daselbst, im Gegensatz blos zufälliger, vorübergehender Anwesenheit, welche Unterscheidung auch dem betheiligten Publikum meist nicht schwer fallen wird. Schon die Art der Arbeitsthätigkeit der im Geschäftslokal angetroffenen Persönlichkeiten wird darüber regelmässig den Aufschluss gewähren, und nicht minder werden die Umstände oft völlig evident machen, dass eine Person **nicht** zu Verkäufen und Empfangnahmen ermächtigt sein könne. Denn das ist ja immer festzuhalten, dass auch Art. 50 nichts als Willensinterpretation enthält und also Niemand für ermächtigt gelten kann, der es erkennbar nicht ist. Oft wird sich auch eine nur theilweise Anwendung des Art. 50 ergeben, insofern gewisse Personen zwar zu Verkäufen, aber nicht zu Empfangnahme von Zahlungen ermächtigt sich darstellen können. So z. B. wenn im Laden eine besondere und als solche erkennbar gemachte Zahlstelle eingerichtet ist. Im Uebrigen ist auch hier wieder, in genauer Anwendung des Art. 47, der Umfang der präsumptiven Vollmacht auf den Kreis derjenigen Verkäufe und Empfangnahmen beschränkt, welche in einem derartigen Laden oder Magazin gewöhnlich geschehen. Alles weitere ist danach Sache der Rechtsanwendung, durch Vergleichung der allgemeinen Verhältnisse und besonderen Umstände die Entscheidung des einzelnen Falles zu begründen.

Wir haben den Art. 47 mit seinen Folgesätzen bisher erst von der einen Seite aus betrachtet, soweit er positiv den Inhalt einer Handlungsvollmacht zu bestimmen sucht. Er enthält aber für die Behandlung der einzelnen Fälle noch sehr wichtige Ergänzungen, indem er negativ den präsumptiven Umfang der Befugnisse durch Ausscheidung dreier speziell genannter Punkte beschränkt. Ohne Rücksicht auf Herkömmlichkeit und Gebräuchlichkeit soll jeder Handlungsbevollmächtigte zum Eingehen von **Wechselverbindlichkeiten**, zur Aufnahme von **Darlehen** und zur **Prozessführung** nur kraft besonders ertheilter Befugniss ermächtigt sein. Diese drei Geschäfte bilden also stets den Gegenstand von Spezialvollmachten, und wer eine solche nicht empfangen hat, ist von Rechtswegen nicht dazu ermächtigt. Nicht erwähnt ist die Veräusserung oder Belastung von Grundstücken, welche doch nach Art. 42 selbst dem Prokuristen nur kraft besonderer Vollmacht zuständig werden. Man wird gewiss nicht zweifeln, dass auch der Handlungsbevollmächtigte von jenen Geschäften auszuschliessen sei, da doch seine Vollmacht keinen weiteren Umfang haben kann als die Prokura. Durch Ausscheidung der Prozessführung hat also Art. 47 im Vergleich zu Art. 42 seine besondere Gestalt gewonnen; bei der Prokura sind „alle Arten

von gerichtlichen und aussergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen" als Inhalt der Vollmacht genannt, während Art. 47 von „Geschäften und Rechtshandlungen" schlechtweg zu sprechen im Stande ist.

Zu diesem Theil des Art. 47 ist eine weitere Spezialergänzung im Art. 51 erfolgt: Wer die Waare und eine unquittirte Rechnung überbringt, gilt deshalb noch nicht für ermächtigt, die Zahlung zu empfangen. Möglicher Weise ist der Ueberbringer wirklich ermächtigt; doch soll nur die Präsumption aus der Thatsache des Bringens abgelehnt werden, so dass der betheiligte Empfänger von Waare und Rechnung sich nicht auf seine gute Meinung vom Dasein der Vollmacht wird berufen können. Von selbst wird der gleiche Satz aber auch gelten müssen für den Ueberbringer der Waare allein resp. der unquittirten Rechnung allein, wenn selbst der Ueberbringer beider Gegenstände zusammen nicht für ausreichend befunden ist. Wer der Ueberbringer ist, ob ein Handlungsgehülfe oder eine dem Geschäfte gar nicht angehörige Person, Gesinde oder Dienstmann, ist für die Anwendung des Art. 51 von keiner Bedeutung.

Wer eine **unquittirte** Rechnung überbringt. Das argumentum a contrario wird ziemlich nahe gelegt, wie es mit der vermuthlichen Vollmacht stehe, wenn Jemand eine **quittirte** Rechnung überbringt? Die Antwort ist in einem späteren Abschnitt des Gesetzbuches durch Art. 296 gegeben: der Ueberbringer einer Quittung gilt für ermächtigt, die Zahlung zu empfangen, sofern nicht die dem Zahlenden bekannten Umstände der Annahme einer solchen Ermächtigung entgegenstehen. Die Erfahrung des Lebens rechtfertigt eine solche Vermuthung, da die Aushändigung einer Empfangsbescheinigung doch regelmässig nicht anders als gegen gleichzeitigen Empfang zu geschehen pflegt, und also, wer jene überbringt, deswegen auch zum Empfang ermächtigt worden sein wird. Der Satz bedeutet auch hier, dass der betheiligte Dritte sich mit solcher Annahme zufrieden geben darf und nur dann die Zahlung nicht mit Wirkung vornehmen kann, wenn irgend welche ihm bekannte Umstände jener Vermuthung entgegenstehen. Von selbst versteht sich übrigens, dass die präsumptive Empfangsvollmacht sich nur auf den Empfang derjenigen Dinge erstreckt, über welche in der Quittung ausgesagt ist. Sodann aber kann die Vorschrift des Art. 296 sich nicht auf den Empfang einer Geldsumme beschränken, trotz des Gebrauchs des Wortes Zahlung. Vielmehr wird Quittung und Empfang auch auf Waaren bezogen werden müssen, und endlich darf nicht ausschliesslich an Solutionsleistungen, sondern muss auch an Leistungen credendi causa u. s. w. gedacht werden. Die Stellung des Art. 296 unter den „allgemeinen Bestimmungen über Handelsgeschäfte" hat schliesslich die besondere Bedeutung und Folge, dass nicht blos Zahlungen **an** Kaufleute, sondern auch Zahlungen **der** Kaufleute in Betracht kommen, welche sie ihren Kunden zu machen haben.

Jeglicher Handlungsvollmacht mit der Prokura gemeinsam sind die Rechtssätze der Art. 48, 53 und 54. Bei der Zeichnung der Firma, wozu der Handlungsbevollmächtigte eben im Kreis seiner Befugnisse berechtigt ist, soll er einen das Vollmachtsverhältniss ausdrückenden Zusatz hinzufügen, ganz so wie der Prokurist per procura zeichnet. Wichtig ist nur das Gebot, sich jedes

eine Prokura andeutenden Zusatzes zu enthalten. In beiden Beziehungen stehen aber nur Ordnungsvorschriften in Frage. Das Fehlen einer Substitutionsbefugniss, die jeder Zeit unbeschränkte Widerruflichkeit, die Folgen des Todes des Prinzipals sind in Art. 53, 54 ausgesprochen. Mit der **Uebertragung** der Handlungsvollmacht (Substitution) ist auch hier nicht identisch die Anstellung anderweitiger Bevollmächtigten oder Gehülfen, wozu der zum ganzen Gewerbebetrieb Bestellte gerade auf Grund dieses Betriebes veranlasst sein kann.

Von einer besonderen Handlungsvollmacht, nämlich derjenigen des **Schiffers**, wird im Zusammenhang des Seerechtes speziell zu berichten sein. Massgebend sind dafür die Art. 495—500 des Gesetzbuches.

§ 72.

D. Die Rechtsgeschäfte der bevollmächtigten Personen.

Artikel 52.

Die juristische Bedeutung der Stellvertretung liegt, wie schon im § 68 formulirt ist, darin, dass die von den bevollmächtigten Personen abgeschlossenen Rechtsgeschäfte ihre Folgen und Wirkungen für die Person und die Rechtsverhältnisse des Prinzipals begründen. Von den Einzelheiten, welche sich bei der Anwendung dieses Satzes ergeben, soll jetzt im Besonderen die Rede sein.

An dieser Stelle muss aber von der Handlungsvollmacht in einem erweiterten Umfang ausgegangen werden. Es war bisher nur von den Stellvertretern des Kaufmanns selbst die Rede, Prokuristen sowohl als Handlungsbevollmächtigten, und dabei kamen auch nur die mit Vollmacht eigentlich angestellten Personen in Betracht. Die nächste Ergänzung wird durch den Art. 298 erbracht, in welchem schlechthin nur von der Vollmacht zu Handelsgeschäften die Rede ist, gleichviel um wessen Vertretung es sich dabei handelt, ob um die eines Kaufmanns oder eines Anderen. Die Regeln über die Stellvertretung setzen also einen Kaufmann als Kontrahenten resp. Vollmachtgeber nicht voraus; nur von der Vollmacht zu Handelsgeschäften ist die Voraussetzung genommen, und das trifft auch für das sogenannte einseitige Handelsgeschäft (im Gegensatz des beiderseitigen) zu, selbst dann noch, wenn die Eigenschaft als Handelsgeschäft nicht auf Seiten des Vollmachtgebers, sondern nur bei der Gegenpartei vorhanden ist. Ist die Vollmacht von einem Kaufmann ertheilt, so ist es wiederum gleichgültig, ob bei dem Vertreter die Eigenschaft als Handlungsbevollmächtigter zutrifft oder nicht. Zur Entscheidung über die Anwendung von Art. 52 und 55 würde also in jedem Fall zu untersuchen sein, ob das fragliche Rechtsgeschäft wenigstens auf einer Seite sich als ein Handelsgeschäft darstelle. Diese Frage wird aber, wenigstens was die Anwendung des Art. 52 angeht, als überflüssig erscheinen, wenn auch für andere als Handelsgeschäfte die gleichen Rechtssätze bestehen sollten. So urtheilt allerdings die communis opinio unserer Zeit, wie schon im § 68 berichtet ist. Anders steht es aber mit dem Inhalt des Art. 55,

der als speziell handelsrechtlich wird betrachtet werden müssen. Wichtig wird das z. B. für die Weiterveräusserungen der Handwerker.

Neben den technisch sogenannten Vollmachten ist dann weiter auch auf die **Vertretungsbefugniss** Bedacht zu nehmen, welche bei Handelsgesellschaften den geschäftsführenden Gesellschaftern sowohl gegenseitig als gegenüber den an der Geschäftsführung nicht betheiligten Gesellschaftern zuständig ist. Diese Vertretungsbefugniss, welche nicht auf besonders ertheilte Vollmacht, sondern schon auf die Vergesellschaftung als solche zurückzuführen ist (jure societatis zusteht), ist ja das wesentlichste Unterscheidungsmerkmal der heutigen Handelsgesellschaften gegenüber den römischen Sozietäten und auch den heutigen Gesellschaften des bürgerlichen Rechts. Nur über die Eigenschaft gerade als **geschäftsführender** Gesellschafter gehen die Einzelheiten auseinander. Zu zitiren sind aus dem Gesetzbuch zunächst die Art. 114 und 158. Sodann wegen der Aktiengesellschaft, bei welcher die Geschäftsführung und Vertretungsbefugniss dem Vorstande übertragen ist, gehört Art. 230 hierher. Eine beschränkte Vertretungsbefugniss kommt nach Art. 194 und 226 auch dem Aufsichtsrathe zu. Bei der im Seerecht als **Rhederei** bezeichneten Gesellschaft ist auf die Vertretungsbefugniss des **Korrespondentrheders** hinzuweisen (Art. 461), während die Stellung des Schiffers (Art. 502) auf wirklicher Handlungsvollmacht beruht. Endlich in Ansehung aller aufgelösten und in Liquidation befindlichen Handelsgesellschaften haben die **Liquidatoren** die Vertretungsbefugniss, Art. 137.

Der Hauptrechtssatz ist im Art. 52 Absatz 1 und 3 ausgesprochen: **durch das Rechtsgeschäft, welches ein Prokurist oder ein Handlungsbevollmächtigter gemäss der Prokura oder der Vollmacht im Namen des Prinzipals schliesst** (generell: ein zur Vertretung befugter oder bevollmächtigter), **wird der Letztere dem Dritten gegenüber berechtigt und verpflichtet. Zwischen dem Prokuristen oder Bevollmächtigten und dem Dritten erzeugt das Geschäft weder Rechte noch Verbindlichkeiten.**

Alle und jede Rechtsfolge des vom Vertreter in dieser Eigenschaft abgeschlossenen Geschäftes geht nicht ihn an, sondern geht ausschliesslich den Prinzipal an. Das ist das Prinzip der sogenannten direkten Stellvertretung. Der Vertreter ist auch nicht als Durchgangspunkt der Rechtswirkungen zu denken; nicht durch ihn hindurch oder über ihn hinweg treffen den Prinzipal Rechtswirkungen. Ursprünglich eigene Rechte und Verbindlichkeiten sind es, welche für den Prinzipal erzeugt werden. Vor allem, was die Verbindlichkeiten betrifft, so ist nicht an Nebenhaftung und Defensionspflicht in der Weise der actio adjectitiae qualitatis zu denken; sondern Schuldner wird direkt und ausschliesslich der Prinzipal. Der Vertreter bekommt nicht blos ein Ablehnungsrecht (exceptio) gegenüber der aus seinem Kontrakt hervorgehenden Obligation, sondern er gehört überhaupt nicht zu den Subjekten derselben: zwischen dem Bevollmächtigten und dem Dritten erzeugt das Geschäft weder Rechte noch Verbindlichkeiten. Wer als Vertreter kontrahirt zu haben behauptet, gebraucht keine klagablehnende exceptio, sondern leugnet, dass gegen ihn klagerzeugende Thatsache begründet sei. Der Vertreter kontrahirt zwar, in fremdem Namen,

doch nicht mit Wirkung für sich selbst. Eben deswegen entsteht ja die Redewendung, der Prinzipal werde so behandelt, als habe er auch den Kontrakt selbst abgeschlossen.

Der Prinzipal wird berechtigt und verpflichtet. Mit diesen Worten glaubt Art. 52 präzis genug sich ausgedrückt zu haben. Dass indessen mit jenen Worten keineswegs alle Fälle zum Ausdruck gelangt sind, liegt auf der Hand. Denn mit **Rechtserwerb** und **Verpflichtung** sind zwar die nächstliegenden Beziehungen, aber auch nur diese, genannt. Genauer wäre zu sagen gewesen, die rechtliche Folge eines Geschäftes überhaupt gehe den Prinzipal an, oder mit dem jetzt vielfach beliebten Ausdruck der Gebundenheit, das Geschäft des Bevollmächtigten **binde** den Prinzipal. Neben Rechtserwerb und Verpflichtung steht jedwede Veräusserung, jedes Aufgeben eines (seines dinglichen oder obligatorischen) Rechtes, jede sonstige Veränderung rechtlichen Inhalts. Wenn der Bevollmächtigte zur Disposition stellt oder die Empfangbarkeit erklärt, wenn er jenseitig behauptete Nichtempfangbarkeit zugibt und einräumt, wenn er Reu- oder Wahlrechte ausübt, Zahlungsfristen gewährt, sonstige rechtlich relevante Erklärungen abgibt, so sind das alles „Geschäfte“, deren Rechtsfolgen eben auf den Prinzipal fallen, ohne dass gerade von Rechten und Verbindlichkeiten gesprochen werden dürfte. Indessen hat man an diesem engeren Ausdruck des Art. 52 zu keiner Zeit Anstoss genommen, vielmehr das Prinzip der freien Stellvertretung immer als darin ganz allgemein und umfassend ausgesprochen angesehen.

Die besondere Voraussetzung bildet dabei, vom Dasein und dem Inhalt der Vollmacht abgesehen, eine bestimmt bezeichnete Art des Geschäftsabschlusses. Sollen die Folgen eines Geschäftes, generell einer Rechtshandlung, den Prinzipal treffen, so muss das Geschäft **im Namen des Prinzipals** vorgenommen oder abgeschlossen sein. Diese beim Geschäftsschluss zu erfüllende Voraussetzung ist in einer Reihe von Artikeln des Gesetzbuches übereinstimmend aufgestellt. Man vergleiche neben Art. 52 noch die Art. 58 Abs. 1, 114, 230, 269 Abs. 2, 298, 787. In der Mehrzahl dieser Artikel ist auch eine weitere Erläuterung hinzugefügt, dass jenes Kontrahiren im Namen des Prinzipals (resp. der Gesellschaft) nicht nothwendig eine **ausdrückliche** Erklärung solchen Inhaltes erforderlich mache, sondern dass schon die Umstände des einzelnen Falls ohne Weiteres den Hinweis auf den Prinzipal zu enthalten vermöchten. Wesentlich ist also nur, dass der Drittkontrahent nicht im Zweifel darüber gelassen bleibe, zu welchem Subjekt er in Rechtsbeziehungen treten solle und werde. Wenn die Umstände es ergeben, dass das Geschäft nach dem Willen der Kontrahenten für den Prinzipal geschlossen werden sollte, heisst es in jener Vorschrift. Im Wesentlichen ist damit nur für den urtheilenden Richter ausgesprochen, dass er ausdrückliche Willenserklärung nicht vor der stillschweigenden Erklärung zu bevorzugen habe.[1]) Denn mehr als dies ist nicht gemeint, und vor Allem kann auf das beiderseitige Wissen und Wollen der Kontrahenten nicht verzichtet

---

[1]) Ganz so das Erkenntniss des R.O.H.G. Bd. 1, Nr. 13, S. 56.

werden. Wenn z. B. die Umstände ergeben, dass zwar der Bevollmächtigte in der That für seinen Prinzipal zu kontrahiren beabsichtigte, der Dritte aber diese Absicht keineswegs getheilt hat, so versagt die Vorschrift des Art. 52. Nicht blos also, ob sich der Vertreter seinerseits in dieser Eigenschaft offenbarte, sondern auch dass gegnerischer Seits mit ihm in dieser Eigenschaft kontrahirt wurde, ist zu fordern. Und also der **Konsens** dieses Inhalts soll sich aus den Umständen ergeben können. Bei schriftlichem Geschäftsabschluss dient ja zur Ausführung der Vorschrift die Zeichnung der Firma des Prinzipals; mündlich aber geschieht auch die wörtliche Hinweisung auf den Prinzipal in der mannigfachsten Weise. Andere Artikel betonen wohl das Auftreten in bestimmter Eigenschaft, z. B. als Schiffer (Art. 502), als Korrespondentrheder (Art. 461). Immer wird danach für beide Kontrahenten die Kenntniss der Vollmacht vorausgesetzt, aber auch der Wille, gemäss der Vollmacht für den Prinzipal Rechtsfolgen zu erzeugen. Was diesen Willen beim Drittkontrahenten angeht, so wird man sagen dürfen, dass sein Kontrahiren mit dem Bevollmächtigten, der sich in solcher Eigenschaft vorgestellt oder zu erkennen gegeben hat oder bekannt ist, abgesehen von besonderem Vorbehalt, ohne Weiteres auf den Prinzipal bezogen werden dürfe. Denn es liegt dann Konsens zu der proponirten Art des Vertragsschlusses vor, Zustimmung dieses Inhalts, mit dem Bevollmächtigten als solchen, also für den Prinzipal abschliessen zu wollen. Wo sich eine Rechtshandlung auf ein schon bestehendes Rechtsverhältniss zwischen dem Prinzipal und einem Dritten beziehen soll, liegt jenes Handeln für den Prinzipal schon sachlich in jenem Verhältniss begründet.

Beim Gebrauch der Firma ist deren Zeichnung auf Grund des Firmirungsrechtes das entscheidende. Die Ordnungsvorschrift in Art. 44 und 48, dass der Bevollmächtigte einen seine Stellung andeutenden Zusatz hinzufügen solle, ist für die Rechtsfolge des Gebrauchs der Firma ganz gleichgültig. Dieser Punkt ist in der Praxis oft zur Sprache gekommen. Mit Ausnahme eines ganz isolirt stehenden Erkenntnisses des obersten Gerichtshofes zu Wien, welches beim Prokuristen den Zusatz für wesentlich erachtet (**Seuffert**, Bd. 25, Nr. 148), haben die deutschen Gerichte ganz konstant in jenem Sinne entschieden und speziell auch Wechselzeichnungen nicht abweichend behandelt.[2]) Weder also verstärkt die Hinzufügung des eigenen Namens die Wirkung der Firmazeichnung, noch wird diese durch das Fortbleiben beeinträchtigt.

Dass nun weiter das einzelne Geschäft auch **gemäss der Vollmacht** abgeschlossen werden müsse, darf kaum als eine selbständige Voraussetzung aufgestellt werden, wiewohl z. B. **Thöl**[3]) das Dasein vom Inhalt der Vollmacht trennt. Man wird doch sagen dürfen, dass in Rücksicht auf ein bestimmtes einzelnes Geschäft Vollmacht nur vorhanden ist, wenn dieselbe sich gerade auf dies Geschäft (allein oder mit anderen) bezieht. Mangel der Vollmacht besagt immer, dass die Vertretungsbefugniss für das konkret vorliegende Geschäft

---

[2]) Cf. Seuffert, Bd. 22, Nr. 63; R.O.H.G. Bd. 5, Nr. 58, S. 263, Nr. 59, S. 271; Bd. 10, Nr. 9, S. 57; Bd. 15, Nr. 29, S. 76; Bd. 12, Nr. 45, S. 133; Bd. 18, Nr. 24, S. 99.

[3]) Handelsrecht 6. Aufl. § 59 u. fg.

nicht vorhanden ist, und dafür ist es gleichgültig, ob etwa zu anderen Geschäften Vollmacht ertheilt war oder auch dafür nicht. Wer seine Vollmacht überschreitet, steht nicht anders als derjenige, der überhaupt keine Vollmacht erhalten hat.

Wenn es aber das Geschäft des Bevollmächtigten ist, welches den Prinzipal berechtigt und verpflichtet, so folgt von selbst, und darüber ist man in der Gegenwart auch durchaus einig, dass alle Bedingungen eines rechtsgültigen Geschäftsabschlusses eben in der Person und den Handlungen des Bevollmächtigten erfüllt sein müssen. Er ist handelnde Person, und also zunächst die allgemeinen Voraussetzungen jeder Handlung müssen bei ihm zutreffen. Das gilt vom Willensvermögen (oder der Handlungsfähigkeit), dem Willensentschluss und der Willenserklärung. Mehr als Handlungsfähigkeit kann wiederum nicht gefordert werden, weil ja die Rechtsfolgen der Handlung eben nicht den Handelnden selbst angehen sollen; von Dispositionsfähigkeit, Fähigkeit, sich durch Verträge verpflichten zu können, ist daher nicht die Rede. Auch der Minderjährige ist also vollkommen befähigt, Handlungsbevollmächtigter zu sein. Aus Willensentschluss und Willenserklärung des Vertreters setzt sich nun weiter sein Geschäft zusammen, und wenn ein Vertrag in Frage steht, so ist deshalb das Moment des Konsenses nach seiner Person zu beurtheilen. Rechtswidrige Einwirkungen auf die Willensentschliessung werden hier wie sonst beachtet, und auch der Irrthum hat seine regelmässigen Folgen, beides hier bezogen auf den Willen und die Vorstellungen des Vertreters. Auch wo der Irrthum Thatbestandsmoment ist positiv für irgend welche speziell daran geknüpfte Wirkungen, condictio indebiti, actio redhibitoria, Weiberintercession u. s. w., ist auf ignorantia resp. scientia des Vertreters zu sehen, wiewohl nebenher die scientia domini d. h. des Prinzipals Kenntniss nicht gleichgültig und ohne Folgen bleibt.[4]) Wenn man sich zum Beweise dieser Rechtssätze auf den Inhalt der römischen Quellen zu beziehen pflegt, so lässt sich dagegen allerdings der Einwand erheben, dass dort ja der institor oder procurator nicht blos selbst kontrahirt, sondern auch mit Wirkung für sich selbst, und dass daher in allen jenen Fragen auf ihn allein die Untersuchung gestellt werden könne. Eben deswegen beweisen die Quellen nicht direkt für die freie Stellvertretung unserer Zeit, weil hier der Zweifel übrig bleibt, ob etwa, weil die Wirkungen des Geschäfts lediglich den Prinzipal angehen, deswegen in jenen Fragen eine abweichende Entscheidung geboten sei. Indessen, da es sich lediglich um die

[4]) Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts 5. Aufl., § 73, Anm. 18 u. 19. Auch die Praxis hat schon Gelegenheit gehabt, diese Prinzipien zu bestätigen. Ueber Irrthum resp. Kenntniss des Vertreters von auf den Kontrakt bezüglichen und für die Wirkung desselben wichtigen Thatsachen handeln die beiden Entscheidungen des R.O.H.G. Bd. 6, Nr. 95, S. 422 u. Bd. 7, Nr. 109, S. 423; beide betreffen den Abschluss von Versicherungsverträgen durch Agenten und bringen den Satz zur Anwendung, dass das Wissen des Agenten von der Unrichtigkeit der Angaben des Versicherten die sonst darauf zu gründende Einrede des Versicherers ausschliessen müsse. Sodann Bd. 6, Nr. 91, S. 404 und Bd. 15, Nr. 10, S. 26 sprechen aus, dass betrügliches Verhalten des Prokuristen beim Geschäftsabschluss die exceptio doli gegen den Prinzipal begründe.

Frage des Geschäftsabschlusses und die dabei in Betracht kommenden Beziehungen handelt, so vertheidigt man auch im heutigen Recht das Gleiche. Der Wille des Bevollmächtigten und seine Handlungen rufen Rechtsfolgen hervor; danach sind denn in der That alle jene Dinge auf ihn selbst zu beziehen.

Anders steht es aber mit denjenigen rechtlichen Voraussetzungen, welche nicht den Thatbestand des Geschäftsabschlusses, sondern den Eintritt der Wirkungen des Geschäftes betreffen. Rechte und Verpflichtungen entstehen für den Prinzipal. Daher ist die Möglichkeit solcher Rechtswirkung, Fähigkeit zum Erwerbe, zur Verpflichtung, zur Veräusserung, nach der Person des Prinzipals zu beurtheilen. Bei der Fähigkeit zum Erwerbe wäre nicht blos an den persönlichen status, sondern auch an die sachlichen Grundlagen eines Erwerbes zu denken, z. B. Erwerb einer res propria ist nichtig. In Betracht kommen ferner etwaige Verbote von Handelsgeschäften, sofern persönliche Rücksichten für die Anwendung des Verbotes massgebend sind, z. B. der Handel mit gebrauchten Kleidern kann bestimmten Personen untersagt sein.[5]) Als besondere Beispiele gehören hierher die Verpflichtung des Prinzipals durch einen Minderjährigen, Wechselverpflichtung durch wechselunfähige Personen.

Dieser Eintritt der Wirkungen für den Prinzipal ruht auf der Vollmacht, welcher auch die Ratihabition gleichsteht. Nun bleibt noch eine Ablehnung der Rechtsfolgen übrig aus dem Grunde einer Unregelmässigkeit bei der Vollmachtsertheilung. Es kann die Vollmacht an irgend eine Person durch Dritte gewaltsam oder betrüglich veranlasst sein. Die aus Zwang und Betrug hervorgehenden Rechtsmittel werden sich dann eben auf die vom Bevollmächtigten geschlossenen Geschäfte erstrecken, soweit bei denselben der Gewalt oder Betrug übende Theil seinerseits als Drittkontrahent in Betracht kommt. Denn grade in diesem Falle wird man sagen können, das Geschäft selbst sei durch Zwang oder Betrug erreicht. Anders liegt die Sache, wo die Vollmachtsertheilung gar nicht zu Geschäften mit dem zwingenden Theil führen soll und führt, sondern zu Geschäften mit unbetheiligten dritten Personen. Erzwungen wird z. B. Ertheilung der Prokura oder einer Handlungsvollmacht durch Einschüchterung des Prinzipals seitens der Verwandten des Bevollmächtigten, welche diesem zu einer Anstellung zu verhelfen suchen und dazu jenes Mittel der Bedrohung benutzen. Auch Gewaltübung des Bevollmächtigten selbst, durch welche er seine Anstellung erreicht, würde dahin zu zählen sein. Wie steht es nun mit der Gültigkeit der von einem solchen Bevollmächtigten abgeschlossenen Geschäfte? Zunächst ist auf den jeder Zeit möglichen Widerruf der Vollmacht zu verweisen, um auszudrücken, dass der Prinzipal, der eine ihm abgenöthigte Vollmacht nicht widerruft, dadurch den anfänglichen Mangel heilt und ausgleicht. Aber auch das Nichtwiderrufen kann noch unter der Wirkung von vis ac metus stehen, so dass fortdauernd die Willensentschliessung des Prinzipals unter rechtswidrigem Druck und Zwang gehalten wird. Soll hier nun das coactus voluit den Ausschlag geben? Rechtsmittel wegen des Zwangs werden gegen die unbetheiligten Dritt-

---

[5]) Gewerbeordnung § 35.

kontrahenten weder im Wege der exceptio noch restitutorisch als actio zuständig sein können. Denn wenn auch actio quod metus causa sowohl als exceptio metus, wie bekannt, in rem zuständig sind, so ist doch das Geschäft, welches jene abgeschlossen haben, mit einem wirklichen Bevollmächtigten eingegangen, und ohne dass bei diesem Geschäft ein metus causa gestum vorgekommen ist. Und andrerseits hat auch der Dritte nichts in Händen, was dem Gezwungenen etwa durch den Zwang entzogen wäre. Endlich die in integrum restitutio gegen die Vollmachtsertheilung hat die gleichen Bedenken gegen sich, soweit sie sich auf mehr als die Annullirung der Vollmacht pro futuro erstrecken soll; blos zu diesem letzteren Behuf bedarf es aber der Restitutionsertheilung gar nicht. Es besteht somit im Resultat Unanfechtbarkeit der von einem solchen Bevollmächtigten mit Dritten kontrahirten Geschäfte. Zur Vertheidigung dieser Ansicht darf auch noch auf den erforderlichen Schutz des bona fide Verkehrs verwiesen werden; dritte Unbetheiligte haben keinen Grund, an der Rechtsbeständigkeit der Vollmacht zu zweifeln, und um so mehr kann ihnen der an der Vollmachtsertheilung haftende Mangel nicht entgegengehalten werden. Hier bleiben also dem Prinzipal nur Ersatzansprüche gegen den Zwingenden selbst.

§ 73.

E. Eigene Haftung des Bevollmächtigten.

Artikel 55.

Die in der Ueberschrift gewählte Bezeichnung ist keine genaue. Von einer eigenen Haftung des Bevollmächtigten ist entweder dann zu reden, wenn er im eigenen Namen, also nicht für den Prinzipal kontrahirte, oder wenn er eben nicht Vollmacht hatte, sei es überhaupt nicht oder nicht zu dem grade in Frage stehenden Geschäfte. Im zweiten Falle handelt es sich also nur um die eigene Haftung eines angeblichen Vertreters. Neben der eigenen Haftung des kontrahirenden Theils steht dann weiter in beiden Fällen das Ausbleiben der Haftung des Prinzipals.[1])

Zunächst wenn es an der im vorigen § 71 erörterten Voraussetzung fehlt, wenn nicht im Namen des Prinzipals kontrahirt ist, so ist damit die Grundlage für den Eintritt der Rechtsfolgen für den Prinzipal beseitigt. Der Prinzipal wird jetzt aus dem Geschäfte weder berechtigt noch verpflichtet. Möglich ist dabei aber sowohl, dass der Bevollmächtigte für eigene oder dritte Rechnung kontrahirte, als dass er noch für Rechnung des Prinzipals das Geschäft abschloss. Im ersten Fall hat der Prinzipal jedoch unter Umständen die im Art. 56 Abs. 3 festgesetzten Befugnisse, sobald nämlich ein Prokurist oder Generalhandlungsbevollmächtigter oder auch ein Handlungsgehülfe nach Art. 59 ohne die Einwilligung des Prinzipals Handelsgeschäfte gemacht hat. Für den zweiten Fall, dass der Bevollmächtigte zwar noch gemäss der Vollmacht und der

---

[1]) Ueber den Karakter der Haft aus Art. 55 als Handelssache s. oben § 18, Not. 10, 21.

Absicht nach auch für Rechnung des Prinzipals, äusserlich jedoch nicht im Namen desselben kontrahirt hat, kommt noch in Frage, ob nicht indirekt doch die Rechtsfolgen des Geschäftes in Beziehung zum Prinzipal gebracht werden müssen, d. h. ob nicht die gemeinrechtlichen Regeln der indirekten Stellvertretung zur Anwendung zu bringen sind. Massgebend sind die Anschauungen, welche man über die Voraussetzungen der actio institoria hat. Die Meinungen sind darüber getheilt, und während einerseits die indirekte Stellvertretung und mit ihr die actio institoria heutzutage als völlig antiquirt angesehen wird, [2]) betrachten doch Andere auch für das heutige Recht die actio institoria noch als praktisch. Zwar lehrt man regelmässig, dass auch diese Klage, welche eine Nebenhaftung des Prinzipals darstellt, die Bezugnahme auf die Eigenschaft des einen Kontrahenten als institor voraussetzt, zieht daraus aber entweder den Schluss, dass diese Bezugnahme nothwendig mit dem Geschäftsabschlusse im Namen des Prinzipals zusammenfalle; [3]) oder ist doch der Meinung, dass mit jener Bezugnahme auf die Eigenschaft als institor noch ein Kontrahiren im eigenen Namen vereinbar bleibe, und ertheilt dann die actio institoria trotz des Vertragsschlusses im eigenen Namen. [4]) Die Kontroverse reicht über den hier besprochenen Fall hinaus und trifft auch die Geschäfte des Kommissionärs, in der Richtung, ob etwa gegen den Kommittenten Ansprüche seitens der Kontrahenten des Kommissionärs erhoben werden können. Es kommt wiederum darauf an, wie man es sich denkt, Rechtsgeschäfte in eigenem Namen, aber für Rechnung eines Auftraggebers schliessen zu können, und wieweit die Voraussetzungen der actio institoria als erfüllbar gelten können. So, dem Kommissionär vergleichbar, würde ja auch der Handlungsbevollmächtigte dastehen, welcher im eigenen Namen aber doch für Rechnung des Prinzipals Geschäftsabschlüsse macht. Die aufgeworfene Frage schon durch den Wortlaut des Art. 360 Abs. 2 für erledigt zu halten, wie Manche vertheidigen, möchte ich nicht billigen. Wenn es auch heisst: „durch die Geschäfte, welche der Kommissionär mit Dritten schliesst, wird er allein berechtigt und verpflichtet. Zwischen dem Kommittenten und dem Dritten entstehen daraus keine Rechte und Pflichten“, so ist damit m. E. nur die direkte Stellvertretung mit ihren Folgen abgelehnt, nicht aber einer actio adjectitiae qualitatis die Möglichkeit verschlossen, und wie bekannt macht ja auch der Art. 368 Abs. 2 von jener Vorschrift eine bestimmte Ausnahme. Indessen mag die angedeutete Frage an dieser Stelle offen bleiben.

Der Inhalt des Art. 55 betrifft aber ausschliesslich die Fälle, dass Jemand als Prokurist oder als Handlungsbevollmächtigter (und nach Art. 298 generell als Bevollmächtigter) kontrahirt hat, d. h. im Namen eines angeblichen Prinzipals

---

[2]) Z. B. scharf formulirt bei Laband, Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht Bd. 10, S. 197, 198.

[3]) So Thöl, Handelsrecht 6. Aufl., § 72.

[4]) So Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts 5. Aufl., § 482, Anm. 14, woselbst auch weitere Literaturnachweisungen gegeben sind. Doch bemerkt auch Windscheid, das Handelsgesetzbuch kenne nur kontrahiren in eigenem Namen schlechthin oder kontrahiren in fremdem Namen, kein Mittleres, unter Berufung auf Art. 52.

(oder schlechthin Vollmachtgebers), ohne doch in Wirklichkeit Vollmacht erhalten zu haben resp. ohne grade für das in Rede stehende Geschäft bevollmächtigt zu sein (Ueberschreitung vorhandener Vollmacht). Das Geschäft ist also von beiden Theilen für den Prinzipal abgeschlossen und die Rechtswirkung für diesen beabsichtigt. Den Prinzipal aber vermögen weder Rechte noch Pflichten zu treffen, weil es an der Unterlage dafür, der Vollmacht oder Genehmigung, fehlt. Zunächst die **Genehmigung** bleibt ja noch möglich, so lange das Resultat des Geschäftes solcher Art ist, den Prinzipal zur Billigung bestimmen zu können, oder so lange sonstige Motive dahin zu wirken im Stande sind. Bis dahin ist negotium pendens und auch die Anwendung des Art. 55 wird von der Hoffnung auf die Genehmigung resp. der Vereitelung dieser Hoffnung abhängig sein. Die eigene Haftung des Bevollmächtigten wird sich mit der Erreichung der Genehmigung abwenden lassen. Denn darüber wird kein Zweifel bestehen, dass die im Art. 55 angeordnete selbstschuldnerische Haftung des angeblichen Bevollmächtigten in Wegfall kommt, sobald Ratihabition erfolgt ist. Es wird dann vielmehr Art. 52 massgebend sein mit der Folge, dass der Dritte zu seinem Kontrahenten in keinerlei Rechtsverhältniss tritt. Grade deswegen liegt bei Abschluss des Geschäftes noch Unentschiedenheit über die Rechtsfolgen vor (negotium pendens), und erst hinterdrein wird sich zeigen, ob Art. 52 oder Art. 55 zur Anwendung kommt. Wie es mit dem Nachweis der Entscheidung zu halten sei, ob Ertheilung oder Versagung der Genehmigung den Gegenstand der Beweislast bildet, soll alsbald untersucht werden.

Der Hinblick auf eine erhoffte Genehmigung bleibt dann die einzige Möglichkeit, wenn der Dritte den Mangel der Vollmacht oder die Ueberschreitung der vorhandenen kannte.

Denn wird in diesem Fall eine Genehmigung des Geschäfts nicht erreicht, so bleibt es völlig wirkungslos, da auch eine Haftung des falsus procurator selbst nicht eintritt. Art. 55 Abs. 2 spricht das in Kürze aus: Die Haftungspflicht tritt nicht ein, wenn der Dritte, ungeachtet er den Mangel der Prokura oder der Vollmacht oder die Ueberschreitung der letzteren kannte, sich mit jenem eingelassen hat.[5] Allerdings besteht nicht völlige Einstimmigkeit über diesen Satz. Aber der Einwand, die Intention der Kontrahenten, welche beide wussten, dass der Abschluss eines Geschäftes der Vollmacht nicht entsprach, hätte nur dahin gehen können, von sich selbst die Erfüllung zu verlangen, sofern nicht noch nachträglich ratihabirt würde, trifft gewiss nicht das Richtige. Im Gegentheil wird man sagen dürfen, dass, wenn beide Theile im Namen eines Dritten kontrahiren, ungeachtet sie zur Zeit den Mangel der Vollmacht sehr wohl kennen, sie eben regelmässig nur der gehofften Ratihabition wegen das Geschäft abschliessen. Der Abschluss im Namen eines Dritten widerspricht doch jener angeblichen Intention, die Erfüllung unter sich selbst zu wollen. Möglich bleibt es freilich, die eigene Haftung eventuell zu vereinbaren, wenn auch in erster

[5]) Prozessualisch liegt die Sache so, dass die Behauptung des falsus procurator, der Drittkontrahent habe den Mangel der Vollmacht gekannt, eine Einredethatsache enthält und somit ihn selbst zum Beweise verpflichtet. So R.O.H.G. Bd. 17, Nr. 40, S. 174.

Linie das Geschäft für einen Dritten zu wirken bestimmt ist. Aber diese eventuelle Absicht muss doch besonders vorhanden und erkennbar sein, und liegt keineswegs schon in dem Geschäftsabschluss als solchem.[6])

Ueberhaupt muss die eigene Haftung des falsus procurator, der sich für einen Bevollmächtigten ausgab und dafür vom Gegner genommen wurde, nicht sowohl eine vertragsmässige, auf den Willen zurückzuführende als eine gesetzliche genannt werden, wiewohl in der Theorie Neigung besteht, dieselbe aus einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Garantieübernahme zu erklären. Und zwar soll eine solche schon in dem Kontrahiren im fremden Namen ohne Weiteres enthalten sein, welches ohne Angabe des Mangels der Vollmacht erfolgt.[7]) Das würde aber mindestens das eigene Bewusstsein des falsus procurator, dass ihm die Vollmacht fehle, voraussetzen, und auch dabei noch den animus fraudandi übrig lassen, so dass, wenn nicht besondere weitere Umstände den Garantieübernahmewillen erkennen lassen, der Geschäftsabschluss als solcher mir nicht auszureichen scheint. Ich betrachte daher die Haftung vermeintlicher Bevollmächtigten, da sie von den begleitenden Umständen unabhängig eintreten soll und keine Willensauslegung nöthig macht, als eine gesetzlich festgestellte und durch die Rücksicht auf die Verkehrssicherheit wohl begründete. Und zwar ist es hier das Handelsrecht (Art. 55), welches diese Bestimmung enthält und unmittelbar der Anwendung auf andere als Handelsgeschäfte nicht fähig ist. Ob das allgemeine bürgerliche Recht einen gleichen Satz enthält, bleibt dann für sich zu erörtern. Jene Bezugnahme auf stillschweigende Garantieübernahme sollte freilich diese Erörterung entbehrlich machen. Das Argument, für den angeblichen Vertreter solle der Vertrag ja nach seinem Inhalt keine Wirkung erzeugen, und deshalb trete eine solche auch nicht ein, kann m. E. auch bei Verträgen nicht überwunden werden. Denn auch bei diesen versteht sich eine Garantieübernahme keineswegs von selbst.

Nach Handelsrecht also trifft den falsus procurator eine eigene Haftung, deren Fundament eben der Art. 55 ist. Zunächst ist von den weiteren Voraussetzungen, sodann von der Richtung und dem Inhalt derselben zu berichten. Bemerkt mag aber noch werden, dass der Inhalt des Art. 55 in einer Spezialanwendung noch eine besondere Bestätigung durch Art. 95 der Wechselordnung gefunden hat. Nur ist Eingehen einer Wechselverbindlichkeit als solches kein Handelsgeschäft, und so geht also der allgemein lautende Art. 95 über den Kreis der Handelsgeschäfte hinaus; denn es heisst ohne Einschränkung: wer eine Wechselerklärung als Bevollmächtigter eines Anderen unterzeichnet, ohne dazu Vollmacht zu haben, haftet persönlich in gleicher Weise, wie der angebliche Machtgeber gehaftet haben würde, wenn die Vollmacht ertheilt gewesen wäre. Dasselbe gilt von Vormündern und anderen Vertretern, welche mit Ueberschreitung ihrer Befugnisse Wechselerklärungen ausstellen. Wechselrecht und Handelsrecht

---

[6]) Gegen Schliemann, der jenen Einwand erhoben hatte, spricht sich daher mit Recht aus v. Hahn, Kommentar 3. Aufl., S. 218. In der Sache zustimmend auch Anschütz-Völderndorff, Kommentar Bd. I, S. 410, sub Nr. 11.

[7]) Cf. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts 5. Aufl., § 74, Anm. 7a.

haben also insoweit gleiche Vorschriften. Wo die Wechselerklärung zugleich ein Handelsgeschäft ist, konkurriren beide Artikel mit einander.

Wer also ein Handelsgeschäft als Bevollmächtigter schliesst, ohne Vollmacht erhalten zu haben, ist dem Dritten persönlich nach Handelsrecht verhaftet, spricht Art. 55 aus. Die Voraussetzung dieser eigenen Haftung besteht in nichts weiterem, als was der Artikel selbst nennt. Abschluss im fremden Namen bei doch fehlender Vollmacht. Diese beiden Punkte sind es also, welche die Klage des Dritten gegen den vermeintlichen Bevollmächtigten begründen, und auf sie richtet sich auch die Beweislast. Dass ein Inanspruchnehmen des falsus procurator die Aufklärung des Dritten über den wahren Sachverhalt voraussetzt, bedarf keiner Bemerkung; denn so lange der Dritte nicht über den Mangel der Vollmacht irgendwie unterrichtet ist, wird er immer nur Ansprüche gegen den Prinzipal und angeblichen Vollmachtgeber erheben. Die Aufklärung des Irrthums wird auch meistens dadurch erfolgen, dass der Prinzipal eben wegen des Mangels der Vollmacht eine Haftung seinerseits ablehnt und die an ihn gestellten Ansprüche zurückweist. Indessen ist das an sich gleichgültig, und ebenso gut kann auch anderswoher die Berichtigung ihre Quelle empfangen.

Da ist es nun m. E. nicht zu billigen, die Klage gegen den Kontrahenten von zuvor unternommener und erfolglos gebliebener Prozessführung gegen den Prinzipal abhängig zu machen. Davon steht in Art. 55 nichts und ebensowenig führen allgemeine Grundsätze zu einer solchen exceptio excussionis. Zwar beruft man sich auf die Natur der Garantiepflicht und findet hier ein ähnliches Verhältniss gegeben, wie bei der Eviktionshaftung des Verkäufers. Deswegen soll auch hier die Klage gegen den Kontrahenten davon abhängig sein, dass in einem mit dem angeblichen Prinzipal geführten Prozess die Klage des Dritten abgewiesen worden ist, während über die Pflicht zur Streitverkündung die Meinungen noch getheilt sind.[8]) Ich kann diese ganze Auffassung nicht theilen und halte sie für nicht bewiesen. In den Art. 55 wird dadurch eine beschränkende Voraussetzung hineingelegt, die er nicht enthält, und mit Recht wird geltend gemacht, dass die eigene Haftung des Kontrahenten nur künstlich auf diesen Karakter der Gewährschaft gebracht worden ist. Warum der Dritte nöthig haben soll, erst einen Prozess gegen den angeblichen Prinzipal zu führen, wenn ihm in glaubhafter Weise Aufklärung zu Theil wird, vermag ich nicht einzusehen.[9])

Freilich die Beweislast der Negative, dass die angebliche Vollmacht in Wahrheit nicht ertheilt war, trifft den Dritten, welcher die eigene Haftung des Kontrahenten nach Art. 55 geltend macht. Denn sie gehört hier zum Klagfundament, und wer sich vor diesem Beweise scheut, mag Klagerhebung gegen den vermeintlichen Prinzipal mit Streitverkündung an den Kontrahenten vorziehen, um gegen diesen letzteren indirekt eine formelle und nicht mehr streitfähige Unterlage der Regressnahme zu erlangen, wenn urtheilsmässig die gegen

[8]) Diese Meinung wird von Thöl, Handelsrecht 6. Aufl., § 71 und v. Hahn, Kommentar 3. Aufl., S. 215 vertreten, wobei sich der letztere ausdrücklich auf den ersteren stützt.

[9]) Derselben Meinung ist Anschütz-Völderndorff, Kommentar Bd. I, S. 404.

den Prinzipal gerichtete Klage mangels Nachweises der Bevollmächtigung Abweisung erfahren hat. Indessen wenn man diesen Weg auch als möglich und zweckmässig zugeben kann, so darf er doch andrerseits nicht als unerlässlich bezeichnet werden, und die unmittelbare und direkte Klage gegen den falsus procurator bleibt ebenso zuständig. Dass dabei aber die Beweislast über die Vollmachtsfrage dem Beklagten zugeschoben werden dürfe, welcher mit fortgesetzter Behauptung des Vollmachtsempfanges die Klage von sich abzuwehren sucht, ist eine durch Nichts gerechtfertigte Behauptung.[10]) Im Gegentheil kann es keinem Zweifel unterliegen, dass die Beweislast in Richtung auf jene Negative in der That beim Kläger ist.

Anders steht es dagegen mit dem Einwande, dass seitens des Prinzipals entweder Genehmigung schon erreicht sei oder doch noch bevorstehe. Hier trifft die Beweislast den Beklagten, weil dies ja eine Thatsache ist, welche der Klage selbständig gegenüber steht und darum wirklich als Einrede zur Beweislast des Beklagten führt. Auch wenn der Beklagte unter Berufung auf Absatz 2 des Art. 55 behaupten sollte, der Kläger habe den Mangel der Vollmacht auch seinerseits gekannt, wird auf Beweislast des Beklagten zu erkennen sein. Doch besteht auch darüber Zweifel.[11])

Ein **schuldvolles** Verhalten des vermeintlichen Bevollmächtigten gehört keineswegs zu den Voraussetzungen der Klage aus Art. 55. Auf die bona fides desselben beim Kontraktsabschlusse und dessen eigenen entschuldbaren Irrthum über Existenz oder Umfang seiner Vollmacht kommt gar nichts an. Die entgegengesetzte Behauptung[12]) stützt sich auch wieder auf die Natur des Anspruches als einer Schadensersatzklage, ist aber ohne Zustimmung geblieben. In Zusammenhang steht damit die weitere Meinung, dass eigene Unvorsichtigkeit des Dritten, der den Mangel der Vertretungsbefugnisse hätte kennen müssen, ebenfalls die Klage ausschliesse. Dem ist aber auch noch zu widersprechen. Wenn Absatz 2 des Art. 55 auf Grund eigener Kenntniss des Mangels die Klage verneint, so steht hier dem Wissen das Wissenmüssen doch nicht gleich.

Inhaltlich steht dem Drittkontrahenten ein Doppeltes nach seiner Wahl frei, entweder Erfüllung des Geschäfts zu begehren oder aber Schadensersatz.[13]) Wenn es heisst, dass zwischen diesen beiden Befugnissen freie Wahl bestehe,

---

[10]) Anschütz-Völderndorff, Kommentar Bd. I, S. 405; wenn hier Not. 18 zur Bestätigung auf Laband Bezug genommen wird, so ist das vollkommen unbegründet; an der zitirten Stelle ist von ganz anderer Frage die Rede.

[11]) v. Hahn, Kommentar 3. Aufl., S. 218, Not. 16, wo der Irrthum auf Seiten des Dritten mit zum Klagegrund gerechnet wird, wiewohl im Widerspruch mit einer dort zitirten Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichtes.

[12]) Laband, Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht Bd. 10, S. 235.

[13]) Ueber die Möglichkeit einer Kumulation der Erfüllungsklage mit Schadensersatzansprüchen ist zu vergleichen Seuffert, Arch. Bd. 31, Nr. 52 u. R.O.H.G. Bd. 11, Nr. 111, S. 335. — Erfüllung vom wirklichen Institor zu begehren unter der Motivirung, derselbe sei zwar nicht persönlich verpflichtet, habe aber Geldmittel seines Prinzipals in Händen und könne also statt seiner die Erfüllung vornehmen, steht dem Drittkontrahenten nach heutigem Recht nicht zu. R.O.H.G. Bd. 19, Nr. 94, S. 325.

so ist doch die Alternative der Schadensersatzforderung nur eine hypothetische, vom Eintritt eines Schadens abhängige, und deshalb beschränkt sich oft das Recht des Dritten oder kann sich wenigstens beschränken auf die Erfüllungsforderung. Denn man wird nicht sagen dürfen, dass jedes unerfüllt bleibende Geschäft einen Vermögensschaden bewirke. Selbst wenn man den Schadensersatz mit auf entgangenen Gewinn erstreckt, wird doch nicht jedes Geschäft Gewinn einbringen und nicht immer also wird ein lucrum cessans sich nachweisen lassen. So ist dies eine Recht nur kraft besonderer Voraussetzung zu gebrauchen, und Existenz wie Nachweis eines Schadens bedingen den Gebrauch desselben. Deswegen ist die Wahl der zweiten Befugniss zunächst vortheilhafter; denn sie hat keine neuen Voraussetzungen und stützt sich ausschliesslich auf den Geschäftsabschluss in gedachter Weise. Die Erfüllung des abgeschlossenen Geschäftes soll vom Kontrahenten persönlich begehrt werden dürfen. Obwohl der Vertrag eine Verpflichtung desselben ablehnte (denn es war im Namen eines Anderen kontrahirt), soll doch von Rechtswegen die eigene persönliche Haftung zur Erfüllung des gesammten Vertragsinhaltes bestehen und geltend gemacht werden können. Das Verlangen der Erfüllung wendet sich an den Kontrahenten selbst, so wie es an den angeblichen Prinzipal zu stellen gewesen sein würde, wenn dieser Vollmacht oder Genehmigung wirklich ertheilt hätte. So ist die Formulirung von Art. 95 der Wechselordnung genau gefasst: „haftet persönlich in gleicher Weise, wie der angebliche Machtgeber gehaftet haben würde, wenn die Vollmacht ertheilt gewesen wäre." Diese Worte besagen aber das Verlangen der Erfüllung des abgeschlossenen Geschäftes. Dass bei der Klage auf Erfüllung alle Dinge in Betracht kommen, welche auch sonst nebenher wichtig werden, ist keinem Zweifel ausgesetzt, z. B. Orts- und Zeitinteresse, Mora, Kulpa u. s. w. Es ist auch kein Widerspruch, Erfüllung und Schadensersatz zu fordern, z. B. wegen verspäteter Erfüllung, wiewohl der Wortlaut des Art. 55 nur von Schadensersatz **oder** Erfüllung spricht. Denn jene Interesseforderung tritt eben accessorisch zur Erfüllungsforderung hinzu, und steht keineswegs nur statt derselben zu.[14])

Die Alternative Schadensersatz oder Erfüllung bedeutet nicht blos das Wahlrecht des Dritten, den Vertrag zu halten oder von ihm abzugehen und dann Schadensersatz zu begehren. Denn die Schadensersatzforderung wird auch bei Unmöglichkeit der Erfüllung wichtig werden. Wo aber die Erfüllung noch in voller Weise möglich wäre, da handelt es sich äusserlich in der That um ein Abgehen vom Vertrage. Indessen nicht sowohl dieses als umgekehrt, die Erfüllungsforderung ist das besonders zu rechtfertigende. Denn nach dem Vertrage sollen ja beide Kontrahenten überhaupt nicht in rechtliche Beziehungen zu einander treten, und wenn dann doch die Erfüllung persönlich vom Kontrahenten begehrt werden darf, so gibt dazu nicht schon der Inhalt des Vertrages, sondern erst die positive Vorschrift des Art. 55 die rechtliche Grundlage. Ein

---

[14]) So mit Recht ein bei Seuffert, Arch. Bd. 31, Nr. 52 mitgetheiltes Erkenntniss des A.G. zu Celle.

Abgehen vom Vertrage liegt aber doch in der Ersatzforderung keineswegs. Denn der Dritte ist ja dem falsus procurator gegenüber gar nicht gebunden an den Vertrag, so dass von einem Rücktritt zu sprechen immer ungenau bleibt. Zu der Schadensersatzforderung kommt daher auch das allgemeine bürgerliche Recht, während die Erfüllungsforderung nur nach Handelsrecht begründet ist.

Zwar sind über diesen Punkt die Meinungen sehr getheilt und auch vom Standpunkt des Handelsrechtes aus wird gelehrt, die Erfüllungsforderung sei nur eine Spezialität der Ersatzleistung. Man konstruirt ganz generell die Schadensersatzpflicht des angeblichen Bevollmächtigten, der für die Vereitelung des Geschäftes und seiner Wirkungen aufkommen müsse, und subsumirt unter diesen Gesichtspunkt auch die Erfüllung, welche nur „Surrogat des Schadensersatzes" sei.[15]) Von selbst ergibt sich dann die Frage, ob, wenn z. B. **Windscheid** formulirt, der Vertrag selbst sei zu erfüllen, insofern das Interesse hierauf gehe, den Kläger bei der Erfüllungsforderung eine Beweislast des Inhalts treffe, dass sein Interesse gerade auf die Erfüllung gerichtet sei. Grade das ist aber durchaus abzulehnen. Ersatzforderung ist vom Nachweis eines erlittenen Schadens abhängig; die Erfüllungsforderung hat aber nicht eine solche hypothetische Grundlage. Die Erfüllung des Vertrages ersetzt nicht einen Schaden, sondern beugt dem Eintritt eines solchen vor. Wenn die Erfüllung geleistet wird, ist damit ein Schade verhindert. Das zeigt sich auch daran, dass sonst der beklagte falsus procurator durch Anbieten der Erfüllung genügenden Ersatz darbieten würde. Das will man aber keineswegs zugeben, und auch **v. Hahn** spricht aus, lediglich der Kläger habe zu bestimmen, ob er diese Art der Geltendmachung des Schadens wählen wolle. Es gibt nur **eine** Art, einen Schaden geltend zu machen, nämlich den Ersatz desselben zu fordern und schon deswegen ist jener Satz unrichtig. Die Erfüllung des Vertrages, sofern doch in der Regel ein zweiseitiges, beiderseits verpflichtendes Geschäft in Betracht kommen wird, setzt dann weiter auch nicht blos Leistung von einer Seite voraus, sondern führt zur reciproken Leistung nach dem Wesen des Synallagma.

Die Erfüllungsforderung ist freilich nur ein Recht des Drittkontrahenten; er ist zunächst nur berechtigt, nicht auch verpflichtet, den Vertrag zu erfüllen. Somit ist die Lage des sogenannten negotium claudicans gegeben: contractus ex uno latere constat. Das Begehren der Erfüllung setzt aber das eigene Anbieten und Erfüllen der Gegenleistung voraus resp. bringt es mit sich. Zuviel gesagt ist es auch hier, wenn **v. Hahn** dem angeblichen Bevollmächtigten auf Grund der gegnerischen Erklärung, die Erfüllung begehren zu wollen, sogar ein eigenes Klagrecht beilegt, wie wenn schon durch jene Erklärung das Geschäft zu einem beiderseits voll verpflichtenden sich verändern würde.

Für den Fall einer **Ueberschreitung** vorhandener Vollmacht pflegt man noch die Frage aufzuwerfen, ob man hier das abgeschlossene Geschäft in einen

---

[15]) So nach Vorgang von Laband, Zeitschrift für Handelsrecht Bd. X, S. 237, besonders v. Hahn, Kommentar, 3. Aufl., S. 216. Dann ist auf Windscheid zu verweisen, Lehrbuch des Pandektenrechts 5. Aufl., § 74, Anm. 8, woselbst auch die weitere Literatur.

gültigen und einen mangelhaften Bestandtheil zerlegen könne, um theils gegen den Prinzipal selbst, theils gegen den Bevollmächtigten, soweit er seine Vollmacht überschritten habe, vorgehen zu dürfen. Die Frage setzt selbstverständlich voraus, dass eine solche Theilung möglich ist, ohne das Geschäft ganz zu zerstören, und auch die Beantwortung der Frage wird darauf gestellt, ob der anscheinend eine Vertrag sich seinem Objekt nach in mehrere Verträge zerlegen lasse und also in Wahrheit mehrere Geschäfte vorliegen. Darf man wirklich von einer Mehrheit der Geschäfte ausgehen, so ist für alle Theile die Sachlage die, dass das der Vollmacht entsprechende Geschäft nichts zu thun hat mit dem ohne Vollmacht geschlossenen. Wogegen wenn an der Einheit des Geschäftes festgehalten werden muss, von keiner Seite eine Spaltung begehrt werden kann, weder vom Prinzipal noch gegen ihn noch gegen den Bevollmächtigten.[16]) In diesem Zusammenhang sind dann auch solche Fälle zu erörtern, wie der vom R.O.H.G. Bd. 4 Nr. 45 S. 219 entschiedene. Der Prinzipal hatte Vollmacht gegeben, eine bestimmte Anzahl Effekten fest zu verkaufen, der Bevollmächtigte hatte aber eine grössere Stückzahl als ihm aufgegeben verkauft. Der Käufer war indess bereit, den Vertrag nur für die vom Prinzipal gewollte Zahl gelten zu lassen und klagte in dieser Beschränkung auf die Erfüllung gegen den Prinzipal. Die von der Vollmachtsüberschreitung hergenommene Einrede des Prinzipals ist in jener Entscheidung verworfen, weil die vom Käufer ohne Weiteres zugestandene Reduktion des Umfanges des Geschäftes jeden Einwand beseitigen müsse und nun Alles so liege, als wenn das Geschäft von vorne herein gemäss der Vollmacht abgeschlossen worden sei.

---

[16]) Die zum Theil abweichende Meinung Thöl's (Handelsrecht 6. Aufl., § 71, sub II) ist widerlegt bei v. Hahn, Kommentar 3. Aufl., S. 217, wo Bezug auf die kritischen Bemerkungen Schliemann's zum Entwurfe des Gesetzbuches Bezug genommen ist. Zu vergleichen ist auch Anschütz-Völderndorff, Kommentar, Bd. I, S. 408 sub Nr. 9.

Abschnitt 3.

Die Handelsgesellschaften.

I. Allgemeine Uebersicht über den Bestand des Gesellschaftswesens.

(Bearbeitet von Herrn Professor Dr. Lastig zu Halle.)

§ 74.

A. Wissenschaftlicher und positivrechtlicher Begriff der Handelsgesellschaft.

Die Frage, welche Gesellschaft eine Handelsgesellschaft ist, findet ganz verschiedene Antwort je nach dem Gesichtspunkt, von welchem man ausgeht. Knüpfte man an den bekannten Begriff „Handelsgeschäft" an, so würde sie lauten: „Handelsgesellschaft ist jede Gesellschaft zur Vermittelung des Güterumlaufes;"[1]) dagegen unter Parallelisirung mit dem Begriff „Handelsmann" oder „Kaufmann" müsste es heissen: „Handelsgesellschaft ist jede Gesellschaft zum gewerbemässigen Betriebe von Handelsgeschäften;"[2]) und würde der Ton auf die positiv-rechtliche Normirung gelegt, so könnte man als „Handelsgesellschaften alle oder nur diejenigen Gesellschaften bezeichnen, welche das positive Recht dem Handelsrecht unterwirft."

Das deutsche Recht folgt keiner dieser prinzipiellen Auffassungen allein, denn erstens „gelten die in Betreff der Kaufleute gegebenen Bestimmungen in gleicher Weise in Betreff aller Kommanditgesellschaften auf Aktien und Aktien-

[1]) Vgl. Goldschmidt, Kritik des Entwurfs eines Handelsgesetzbuchs für die preussischen Staaten. (Separatabdruck aus der kritischen Zeitschrift für die gesammte Rechtswissenschaft Bd. IV, Heidelberg 1857) I. Abthlg. S. 57, 86, u. II. Abthlg. S. 36: Jede Verbindung zum gemeinschaftlichen Betrieb von Handelsgeschäften auf gemeinschaftlichen Gewinn und Verlust ist eine Handelsgesellschaft.

[2]) H.G.B. Art. 4.

gesellschaften, gleichgiltig ob diese Handelsgeschäfte betreiben oder nicht;[3]) auch alle Genossenschaften[4]) und öffentlichen Banken[5]) gelten als Kaufleute. Zweitens werden die Gesellschaften im Betriebe der Minderkaufleute gar nicht dem Handelsrecht, sondern dem gewöhnlichen bürgerlichen Recht,[6]) und umgekehrt, wenigstens partikularrechtlich, Gesellschaften des gewöhnlichen Lebens dem Handelsrecht[7]) unterstellt. Lediglich Utilitätsrücksichten sind für die Unterordnung unter das Handelsrecht massgebend; theils entscheidet der Wirthschaftszweig, dem sich die Gesellschaft widmet (Handel), theils die Art und Weise, die (kaufmännische) Form des Betriebes, die Verfassung[8]) der Gesellschaft. Gesellschaften der ersteren Art könnte man „materielle", der anderen „formelle" Handelsgesellschaften nennen. Den Geschäftszweig entscheiden zu lassen, ist das ältere Verfahren, das andere gehört erst der neueren Zeit an.[9]) — Die Wissenschaft kann, um den Begriff Handelsgesellschaft festzustellen, nur den älteren Weg wählen und an geeigneter Stelle die Erweiterung resp. Einengung als abweichende Ausnahme einfügen.

Aber auch wenn man die sogenannten formellen Handelsgesellschaften alle, und von den materiellen die Gesellschaften der Minderkaufleute ausschliesst,

---

[3]) Gesetz vom 11. Juni 1870 § 1.

[4]) Genossenschaftsgesetz vom 4. Juli 1868 § 11. Ueberdies ist zu beachten, dass seitdem das Reichsgesetz, betreffend die Deklaration des § 1 des Genossenschaftsgesetzes, vom 19. Mai 1871 der Genossenschaft gestattet, ihren Geschäftsbetrieb auch auf Personen, die nicht ihre Mitglieder sind, auszudehnen, die eingetragenen Genossenschaften geradezu eine Form der Handelsgesellschaften wie die Aktiengesellschaft geworden ist.

[5]) H.G.B. Art. 5.

[6]) H.G.B. Art. 10.

[7]) Bremer Einführungsverordnung z. A. d. H.G.B. vom 6. Juni 1864 § 21: Die Bestimmungen des zweiten Buches des H.G.B. von den Handelsgesellschaften und dieser Verordnung kommen auf alle Erwerbsgesellschaften zur Anwendung, auch wenn sie nicht Handelsgesellschaften sind. Auf Gesellschaften, welche keinen Erwerb, sondern nur die gegenseitige Versicherung gegen Gefahren zum Zweck haben, kommen nur die Bestimmungen des Handelsgesetzbuches und dieser Verordnung über die Eintragung der Gesellschaft und ihrer Vertreter in das Handelsregister und über die Folgen der Eintragung und der Nichteintragung zur Anwendung. Mit Satz 1 stimmt Oldenburg. Einf.Ges. vom 18. April 1864, Art. 20, I. Würtemberg. Einf.Ges. vom 13. August 1865, Art. 4: Die Bestimmungen des H.G.B. und Einf.Ges. über die Kaufleute und die Handelsgesellschaften finden auch Anwendung auf diejenigen Personen und Erwerbsgesellschaften, welche Gegenstände eigener Produktion, sei es in Natur oder nach vorgängiger Verarbeitung, gewerbsmässig und in einem die Formen des kaufmännischen Geschäftsbetriebes erfordernden Umfange veräussern.

Man kann hierin eine Subsumirung bürgerlicher Gesellschaften unter das Handelsrecht, aber auch eine Erhebung des Handelsrechts zu gewöhnlichem bürgerlichen Recht sehen.

[8]) Vgl. was desbezüglich Kuntze bereits in seinem Aufsatze „Prinzip und System der Handelsgesellschaften" (Zeitschrift für H.R. Bd. VI, S. 188, 1863) sagt.

[9]) Troplong, de droit civil. Du contrat de société civile et commerciale (Paris 1843) T. I, Nr. 356 u. 327 ff. will nur den ersteren den Karakter von Handelsgesellschaften zugestehen und bekämpft die für Erweiterung plaidirenden Autoren, unter denen er als einen der ersten Vincens (Des sociétés par actions 1837 u. Legislation commerciale) anführt.

stellen sich doch noch einige Begrenzungen als nothwendig heraus. Das A. d. H.G.B. und mit ihm der grössere Theil der Literatur nennen „Handelsgesellschaft“ nur die im zweiten Buch normirten Gesellschaften, nemlich nur die Offene Handelsgesellschaft (Tit. I, Art. 85—149), die Kommanditgesellschaft (Tit. II, Absch. 1, Art. 150—172), die Kommanditgesellschaft auf Aktien (Tit. II, Absch. 2, Art. 173—206), und die Aktiengesellschaft (Tit. III, Art. 207—249 a). Der nur für eine oder mehrere einzelne Handelsspekulationen oder Geschäfte geschlossenen Gesellschaft, welche Theorie und Praxis durchgängig Gelegenheitsgesellschaft nennt, räumt das A. d. H.G.B. weder die Bezeichnung Handelsgesellschaft, noch auch nur die von Gesellschaft ein, erklärt sie lediglich für eine „Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung“ (Buch III, Tit. 2, Art. 266—270). Man darf hieraus den Schluss ziehen, dass nach der freilich nicht durchgeführten Auffassung des A. d. H.G.B. der technische Ausdruck „Handelsgesellschaft“ nur den Gesellschaften mit gewerbemässigem Betriebe von Handelsgeschäften gebührt.

Auch die sogenannte Stille Gesellschaft zählt das A. d. H.G.B. nicht zu den „Handelsgesellschaften“, ja stellt sie in noch schärferer Weise wie die Gelegenheitsgesellschaft ihnen gegenüber; es hat sie ausdrücklich aus der Reihe der Handelsgesellschaften gestrichen, aus dem nur für diese bestimmten zweiten Buch herausgewiesen, und eigentlich allein ihretwegen das dritte Buch gebildet.

Als Gründe hierfür werden gewöhnlich angeführt: bei den „Handelsgesellschaften“ [10]) erschienen alle Gesellschafter als Geschäftsinhaber, und träten als solche zu Dritten in Beziehung; oder: die „Handelsgesellschaft“ habe eine gemeinschaftliche Firma, träte nach aussen als organisirtes Institut auf. Bei der Stillen Gesellschaft dagegen erscheine nur Einer der Gesellschafter als Geschäftsinhaber und Kontrahent der dritten Personen.

Aber solche Karakterisirung entspricht nicht einem die O.H.G., die K.G., die K.G. auf Aktien, und die Aktiengesellschaft umfassenden generellen Begriff von Handelsgesellschaft, sondern lediglich dem speziellen Begriff der O.H.G. allein. Niemand fast zweifelt an der juristischen Persönlichkeit der Aktiengesellschaft; sie ist Inhaberin des Geschäfts, nicht die Gesellschafter, aus ihrem Namen besteht die Firma,[11]) ihr gehört die Firma; sie allein tritt Dritten gegenüber als Kontrahentin auf, sie allein ist die Gläubigerin und Schuldnerin u. s. w.

Gesteht man der historischen Entwickelung eines Rechtsinstitutes einigen Einfluss auf seine spätere Gestaltung zu, räumt man ein, dass die durch jene gebotene juristische Konstruktion bis auf weiteres auch für diese massgebend

---

[10]) Protokolle S. 1166: „Der technische Begriff einer Handelsgesellschaft ist Vereinigung mit gemeinschaftlichem Vermögen und unter gemeinschaftlicher Firma.“ Vgl. hiergegen L. Goldschmidt, Gutachten über den Entwurf eines d. H.G.B., Beilageheft zu Bd. III seiner Zeitschrift für H.R., S. 49 u. 56 ff. S. ferner Fr. v. Hahn, Commentar z. A. d. H.G.B. 3. Aufl. Vorbemerkung zum 2. Buch.

[11]) Dass Name und Firma der Aktiengesellschaft genau übereinstimmen, und dadurch der Schein erweckt wird, als habe diese jur. Person nur eine Firma und keinen Namen, ist natürlich; auch bei dem Einzelkaufmann kann, ja soll möglichst Name und Firma übereinstimmen.

bleibt, namentlich wenn oder wo das jeweilige positive Recht gewisse Kardinalpunkte unerörtert lässt, welche die Wissenschaft durch blosse Interpretation des Gesetzes nicht streitlos zu stellen vermag, so trifft die vorhin erwähnte Karakterisirung der „Handelsgesellschaft" auch bei der K.G. und K.G. auf Aktien nicht zu.

Die Kommanditisten treten dritten Personen gegenüber nicht als Kontrahenten auf, erscheinen ihnen nicht als Geschäftsinhaber; das Handelsgewerbe wird trotz des gegentheiligen Wortlautes des A. d. H.G.B. Art. 150 nicht unter einer **allen** Gesellschaftern gemeinschaftlichen Firma betrieben. Geschäftsinhaber de jure formali ist allein der Komplementar; dieser betreibt unter seiner alleinigen Firma das Handelsgewerbe, tritt allein dritten Personen gegenüber als Kontrahent auf. Nur wo mehrere Komplementare sind, kann man wirklich von einer gemeinschaftlichen Firma sprechen, gemeinschaftlich aber nur bezüglich der Komplementare, nicht dieser und der Kommanditisten; nur dann auch sollte die Firma eine sogenannte Gesellschaftsfirma sein, einen Gesellschaftszusatz neben dem Namen eines Komplementars enthalten.[12])

So war es ursprünglich; eine Aenderung trat erst in neuerer Zeit ein, aber keine innere, wesentliche, sondern nur eine äussere, ebenso grund- wie gehaltlose. In Ländern und Zeiten, in denen die K.G. häufige Anwendung fand, liebten es die Kommanditisten, ihrer eigenen Sicherheit halber mehrere Komplementare an die Spitze von Kommanditunternehmungen zu stellen, ganz wie es noch heute bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien regelmässig geschieht. Deshalb, aber auch nur deshalb war die Firma bei Kommanditgesellschaften sehr häufig, ja fast regelmässig eine Gesellschaftsfirma. In späterer Zeit, welche sich dieser Gesellschaftsform nicht mehr mit so grosser Vorliebe bediente, — weil dem Privatkapital jetzt andere und sicherere Anlagen offen standen — folgedessen ganz naturgemäss zum Theil das Verständniss für sie verlor, überdies im Firmenwesen schlaff verfuhr, schlich sich der keineswegs beabsichtigte Missbrauch ein, dass selbst ein einzelner Komplementar eine Gesellschaftsfirma wählte, seinem Namen einen Gesellschaftszusatz gab. Die eigentliche rechtliche Gestaltung der Kommanditgesellschaft erlitt dadurch keine Aenderung.

So auch in Frankreich. Die Vorschrift des Code de commerce,[13]) die Kommanditgesellschaft stets unter einer Gesellschaftsfirma zu führen, enthält daher lediglich die Legalisirung eines jeder inneren Bedeutung baaren Missbrauches.[14])

Lässt es sich solchem Sachverhalt gegenüber rechtfertigen, aus dem nom social Rückschlüsse auf die juristische Struktur und den wirthschaftlichen Sachverhalt der Kommanditgesellschaft zu ziehen? Sicherlich nicht!

---

[12]) Vgl. Lastig, Beiträge zur Geschichte des Handelsrechts in d. Z. f. H.R. Bd. XXIV, S. 399—406, 414—416 u. 422 ff. und unten S. 326.

[13]) Art. 23 La société en commandite — est régie sous un nom social, qui doit être nécessairement celui d'un ou plusieurs des associés responsables et solidaires.

[14]) Dass der Text wirklich dem historischen Sachverhalt entspricht, geht schon aus der hier sonst sehr dürftigen Darstellung von Troplong a. a. O. hervor. Vgl. Nr. 378, 386, 387, 393 ff. 396, 803, 828 ff. 838, 845 u. a.

Gleichwohl hat es die französische Doktrin gethan; sie fasste die Kommanditgesellschaft als blosse Modifikation der Offenen Handelsgesellschaft auf, plädirte für direkte Haft des Kommanditisten gegenüber den Geschäftsgläubigern u. s. w. Die deutsche Gesetzgebung vermochte sich von dem französischen Einfluss nicht frei zu halten, doch äussert sich derselbe mehr in unklaren, zweideutigen Fassungen und Lücken, als in positiven Unrichtigkeiten, obwohl auch diese nicht fehlen, z. B. vor allen die gleiche lex cogens einer Gesellschaftsfirma. Gerade sie bot auch der deutschen Literatur Veranlassung zu einem dem französischen ähnlichen Vorgehen, ja zu völligem Anschluss an diese Richtung der französischen Doktrin.[15])

Es ist nicht Sache des Gesetzgebers, Definitionen und juristische Konstruktionen aufzustellen, thut er es dennoch, so hat sich die Wissenschaft bisher stets berechtigt gefühlt, darüber hinwegzugehen.[16]) Die Vorschriften des Gesetzes müssen allerdings befolgt werden, aber sie müssen wo, wie hier, nöthig auch lediglich als exceptionelle Bestimmungen behandelt, nicht noch extensiv interpretirt und zur Ausfüllung von wirklichen oder vermeintlichen Lücken verwendet werden.

Darf man so die hauptsächlich erst durch Troplong vertheidigte und verbreitete französische Auffassung, dass die Kommanditgesellschaft zufolge der Gesellschaftsfirma ihren früheren juristischen Karakter gänzlich verändert habe, eine blosse Modifikation der Offenen Handelsgesellschaft geworden sei, nicht adoptiren, dann können für die Rubrizirung der Kommanditgesellschaft unter den Begriff „Handelsgesellschaft" auch nicht die oben angeführten Gründe zutreffen, oder es muss der Begriff „Handelsgesellschaft" andere Merkmale als die oben angeführten tragen.[17])

Meines Erachtens darf man das Merkmal darin erblicken, dass bei der Offenen Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft, Aktiengesellschaft und Kommanditgesellschaft auf Aktien eine von der Wirthschaft der einzelnen Gesellschafter buchmässig und juristisch völlig abgesonderte Wirthschaft zum Betriebe von Handelsgeschäften, eine besondere, selbständige Handelswirthschaft, eine besondere Handlung, ein eigenes Geschäft geführt wird, bei der Stillen Gesellschaft dagegen nicht; bei letzterer mag die Handlung, das Handelsgewerbe zwar dem Betriebe nach und rechnungsmässig von der sonstigen Wirthschaft des sogenannten Geschäftsinhabers getrennt sein, rechtlich aber ist sie es nicht, denn die betreffende Handlung wird wie die übrige Wirthschaft des Geschäftsinhabers auf

---

[15]) Vgl. z. B. Wiener in d. Z. f. H.R. XXIV, S. 15, N. 23 u. S. 461, N. 40. Eine genaue Zusammenstellung des Materials würde ergeben, dass die direkte äussere Haft des Kommanditisten in Frankreich noch völlig schwankt, und anher noch jeder festen Begründung entbehrt. — S. unten S. 319.

[16]) Es sei hier nur an die Auffassung des deutschen Familienfideikommisses im preussischen allgemeinen Landrecht und in der heutigen Theorie resp. Praxis des preussischen Rechts erinnert. Vgl. Dernburg, Lehrbuch des preussischen Privatrechts Bd. I, (II. Aufl., Halle 1879) S. 873.

[17]) Was hier von der einfachen Kommanditgesellschaft gesagt worden ist, gilt auch von der Kommanditgesellschaft auf Aktien.

dessen alleinigen Namen geführt, gehört allein ihm u. z. eigenthümlich zu; der stille Gesellschafter hat regelmässig nur ein Forderungsrecht gegen ihn. Wollte man dem entgegenhalten, dass nach der oben entwickelten Auffassung bei der Kommanditgesellschaft das Geschäft ja ebenso auf den Namen des Komplementars gehe, wie bei der Stillen Gesellschaft auf dem des Geschäftsinhabers, also dort so wenig wie hier eine rechtlich gesonderte Handelswirthschaft bestehe, so würde solch ein Vorwurf doch ungerechtfertigt sein, denn nur de jure formali waltet Gleichheit, de jure materiali ist das Handelsgeschäft in der Kommanditgesellschaft vollständig von der Wirthschaft des Komplementars getrennt, es ist für ihn sogar ein „fremdes" Geschäft, es gehört den Kommanditisten. Uebrigens sei darauf aufmerksam gemacht, dass dies dann nicht mehr passt, wenn oder wo die Kommanditgesellschaft konkreten Falles nicht mehr die ihr eigenthümlichen Funktionen versieht, sondern die der heutigen Stillen Gesellschaft.[18])

Die Kommanditgesellschaft wird errichtet, um in selbständiger Wirthschaft gewerbemässig Handelsgeschäfte zu treiben; die Stille Gesellschaft dagegen nicht, sie will nur den Handelsgewerbebetrieb des einen der Paciscenten, des sogenannten Geschäftsinhabers unterstützen, sie ist nicht selbst Handelsgewerbegesellschaft, nicht Handelsgesellschaft, aber, es sei der Vergleich mit den Begriffen Handelsgeschäft und Hilfshandelsgeschäft gestattet, doch eine Hilfshandelsgesellschaft, und wird deshalb von dem Handelsrecht in den Kreis seiner Rechtsnormen gezogen. Wie die betreffenden Rechtsgeschäfte nur dann den Karakter von Handelsgeschäften (Hilfshandelsgeschäften) erhalten, wenn einer der Kontrahenten Kaufmann ist, und dieser sie im Dienste seines Handelsgewerbes abschloss, so erhält auch das Rechtsverhältniss, in welchem sich Jemand an dem Gewerbebetriebe eines Andern mit einer Vermögenseinlage gegen Antheil am Gewinn und Verlust des Gewerbes betheiligt, nur dann den Karakter der Handelsgesellschaft, also unserer Stillen Gesellschaft, wenn jener Andere ein Kaufmann ist und den Gesellschaftsvertrag im Dienste seines Handelsgewerbes abschliesst.

Nicht ihres objektiven Sachverhaltes halber, sondern aus Rücksicht auf die Person und das Gewerbe des einen der Kontrahenten wird die Stille Gesellschaft dem Handelsrecht unterstellt, als Handelsgesellschaft angesehen; daher ist es nicht blos gerechtfertigt, sondern bei der bekannten prinzipiell objektiven Basis des A. d. H.G.B. sogar das einzig richtige, die Stille Gesellschaft von dem engeren, dem eigentlich technischen Begriff „Handelsgesellschaft" auszuschliessen, und mit der Gelegenheitsgesellschaft einer eigenen Abtheilung zuzuweisen.

Der Vorzug einer festen Terminologie empfiehlt es, die gesammten materiellen und formellen Handelsgesellschaften unter „Handelsgesellschaft im weiteren Sinne" zusammenzufassen, und unter „Handelsgesellschaft im engeren Sinne" nur die vier Gesellschaften des zweiten Buches zu verstehen.

Alsdann wäre Handelsgesellschaft im engeren Sinne solche Gesellschaft, welche darauf gerichtet ist, in einer von den Wirthschaften der einzelnen Gesell-

[18]) Vgl. Lastig a. a. O. S. 423.

schafter buchmässig und juristisch abgesonderten Wirthschaft gewerbemässig Handelsgeschäfte zu betreiben.

Der Begriff „Gemeinschaftlich" oder „Gemeinschaftlichkeit", sei es mit Bezug auf die Firma, oder auf das Vermögen, Gewinn und Verlust, Rechnung u. s. w., darf in die generelle Definition nicht hineingezogen werden; den Beweis dafür bietet theils schon dieser Paragraph, theils werden die folgenden ihn zu bringen suchen.

§ 75.

B. Der Begriff Gesellschaft.

Der vorige Paragraph operirte mit dem Begriff „Gesellschaft" als einem bekannten, gegebenen, festen Begriff; auch die Gesetzgebung und die Literatur des Handelsrechts thuen dies. Nirgends wird ihm eine eingehendere Beachtung zu Theil, entweder wird bezüglich seiner einfach auf das Civilrecht verwiesen oder lediglich eine Definition des zusammengesetzten Begriffes „Handelsgesellschaft" gegeben, und dabei mehr der blos qualifizirende erste, als der fundamentale zweite Theil berücksichtigt. Die Verweisung auf das gewöhnliche Civilrecht nutzt wenig, weil auch dieses die Lehre von der Gesellschaft ziemlich stiefmütterlich zu behandeln pflegt.

Die handelsrechtlichen Definitionen von Handelsgesellschaft zeigen Uebereinstimmung nur in den beiden Punkten, dass sie „eine Vereinigung von Personen" sei,[1]) und „sich auf den Betrieb von Handelsgeschäften richte", doch findet sich schon bei diesem zweiten Punkt eine Verschiedenheit insofern, als die Einen nur den **gewerbemässigen** Betrieb, Andere auch den Abschluss vereinzelter Handelsgeschäfte im Auge haben.[2])

In allem Uebrigen weichen sie von einander ab. Die eine Gruppe verlangt

---

[1]) Heise's Handelsrecht (Frankfurt 1858). Bender, Grundsätze des engeren Handlungsrechts (Darmstadt 1824). Treitschke, Die Lehre von der unbeschränkt obligatorischen Gewerbegesellschaft und von den Kommanditen (2. Aufl., Leipzig 1844). Thöl, Das Handelsrecht (6. Aufl. 1879). Brinckmann, Lehrbuch des Handelsrechts (Heidelberg 1853 ff.). Auerbach, Das Gesellschaftswesen des A. d. H.G.B. (Frankfurt a. M. 1861). Keyssner, Die Erhaltung der Handelsgesellschaft gegen die Auflösungsgründe des A. d. H.G.B. (Berlin 1870). Strey, Das deutsche Handelsgesellschaftsrecht (Berlin 1873). Fr. v. Hahn, Commentar zum A. d. H.G.B. (3. Aufl. 1879). Renaud, Ueber die Handelsgesellschaften (Prorektoratsrede, Heidelberg 1872). Anschütz u. v. Völderndorff, Kommentar z. A. d. H.G.B. (Erlangen 1868 ff.). Molle, Die Lehre von den Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien (Berlin 1875). Endemann, Das deutsche Handelsrecht (2. Aufl., Heidelberg 1868 § 32 u. 3. Aufl. 1876), braucht den Ausdruck „vereinigte Mehrheit". Endemann, Die Entwickelung der Handelsgesellschaften (Sammlung gemeinverständlicher wissenschaftlicher Vorträge, herausgegeben von Virchow und v. Holtzendorff, 2. Serie, Heft 33, Berlin 1867).

[2]) Keyssner abweichend: die Handelsgesellschaft ist die Vereinigung mehrerer Personen, um mit vereinten Kräften einen gemeinsamen vermögensrechtlichen Zweck zu erreichen.

„Gemeinschaftlichkeit" oder „Gemeinsamkeit des Betriebes"; [3]) eine zweite Gruppe betont, dass „der Betrieb auf gemeinsame Rechnung" oder „zum Zweck gemeinsamen Gewinnes" erfolge,[4]) und ein Theil der hierher zählenden Autoren hebt noch hervor, dass der Betrieb „mit vereinten Kräften" (der Gesellschafter),[5]) mit „gemeinschaftlichem Kapital",[6]) „unter Gemeinmachung von Produktionskräften" [7]) geschehen müsse. Demnach ergäbe sich als streitloses Resultat nur die ziemlich farblose Definition, „die Handelsgesellschaft sei eine (vertragsmässige) Vereinigung mehrerer Personen zum Betriebe eines Handelsgewerbes", oder lässt man die Beziehung auf den Handel fallen, „Gesellschaft sei die (vertragsmässige) Vereinigung mehrerer Personen zum Betriebe eines Gewerbes." Zu einem weiteren Begriff der Gesellschaft würde man kommen, wenn man (vgl. oben § 74) von der Gewerbemässigkeit absähe, Gesellschaft wäre dann jede Vereinigung mehrerer Personen zum Betriebe von vermögensrechtlichen Geschäften.

Juristische Definitionen haben wir hier nicht gewonnen, wenigstens eröffnen sie ohne anderweite Erklärung jemandem, der das Gesellschaftsrecht noch nicht kennt, nicht das nöthige Verständniss. Meines Erachtens gehört Ausdruck und Begriff „Gesellschaft" in erster Linie überhaupt nicht dem Recht, sondern der Wirthschaft an; die Gesellschaft ist noch weniger ein bestimmtes eigenartiges Rechtsverhältniss oder Rechtsinstitut, wie „Gemeinheit" im Sinne der modernen Gemeinheitstheilungsordnungen,[8]) ja auch Intercession [9]) und „Schenkung", sondern ihr Begriff hängt eben wie diese von „wirthschaftlichen" Kriterien ab, welche ganz heterogenen Rechtsverhältnissen oder Rechtsinstituten hinzutreten können.

Diese Kriterien sind: 1) wirthschaftliche Vereinigung der für ein bestimmtes Unternehmen (einzelnes Geschäft oder Gewerbe) erforderlichen Mittel (Kapital und Arbeit), und zwar 2) durch beiderseitige (allseitige) Beiträge der Kontrahenten, und 3) die Absicht, dass die Früchte des Unternehmens beiden (allen) zu Gute kommen sollen.

Den Gesellschaftskarakter darf daher jedes Rechtsverhältniss für sich beanspruchen, in welchem mit von jeder der Parteien zu stellenden Mitteln an

---

[3]) Heise, Bender, Treitschke, Thöl, Endemann noch in der zweiten, nicht mehr in der dritten Auflage. Strey verbindet die Gemeinschaftlichkeit statt mit Betrieb mit Handelsgewerbe; ebenso Anschütz (a. a. O.), der noch die Existenz eines gemeinschaftlichen Etablissements fordert.

[4]) Bender, Treitschke, Thöl, Brinckmann, Auerbach, vgl. auch Keyssner.

[5]) Treitschke und Keysner.

[6]) Thöl; Kapital nennt Thöl aber „Geld oder Geldeswerth, als Waaren, Arbeit, Konversionen."

[7]) Auerbach.

[8]) Dernburg, Lehrbuch Bd. I, (2. Aufl., Halle 1879) § 211.

[9]) Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts (5. Aufl., Stuttgart 1879) Bd. II, § 485, Art. 3.

Kapital und bez. oder Arbeit Geschäfte betrieben werden, aus deren Früchten jede der Parteien einen Antheil erhalten soll.

Eine alle Arten der Gesellschaft umfassende juristische Definition, eine Definition, welche über die juristische Struktur der Gesellschaft als solcher Auskunft gäbe, ist bei solcher Sachlage selbstverständlich unmöglich; man kann nur Definitionen jeder einzelnen Gesellschaftsart aufstellen, richtiger derjenigen Rechtsverhältnisse oder Rechtsinstitute, welche den Gesellschaftskarakter annehmen.

§ 76.

C. Uebersicht der bisher aufgestellten Definitionen und Klassifikationen der von dem A. d. H.G.B. normirten Gesellschaften.

I. Das A. d. H.G.B. stellt keine eigentlichen Definitionen der einzelnen Gesellschaftsarten auf,[1]) sondern hebt nur einzelne besonders prägnante Merkmale derselben hervor; mit Vorliebe benutzt es hierfür den Umstand, ob bez. welche Rechtswirkungen zufolge des Gesellschaftsverhältnisses zwischen den einzelnen Gesellschaftern und den Geschäftsgläubigern bestehen. Die handelsrechtliche Literatur hat sich von diesem Wege nur wenig oder gar nicht entfernt; ihre Definitionen stimmen, wenn auch nicht stets dem Wortlaute, so doch dem Inhalte nach mit denen des A. d. H.G.B., und deshalb auch untereinander fast völlig überein.

Unwesentliche Abweichungen bei Seite gelassen, ergeben sich folgende Definitionen als Ausdruck des heutigen Standes unserer Lehre.

A. Die **Offene Handelsgesellschaft** ist eine Vereinigung mehrerer Personen zum Betriebe eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma, und mit direkter, solidarischer, illimitirter Haft jedes einzelnen Gesellschafters gegenüber den Geschäfts- oder Gesellschaftsgläubigern.

Eine eigenartige Stellung nimmt Fr. v. Hahn[2]) hier ein; er nennt die Offene Handelsgesellschaft „die Handelsgesellschaft schlechthin", „die Vereinigung zum Betriebe eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma schlechthin", welche jedes weiteren speziellen Merkmales entbehre; daher könne ihr Begriff gegenüber den andern Handelsgesellschaften nur negativ aufgestellt werden, nemlich nur dahin: „eine offene Handelsgesellschaft liegt dann vor, wenn mehrere Personen ein Handelsgewerbe unter gemeinschaftlicher Firma betreiben, und weder eine Kommandit- noch eine Aktiengesellschaft errichtet haben."

Ist die Offene Handelsgesellschaft — wie zweifellos — wirklich eine Art der Gattung Handelsgesellschaft, so muss sie auch nothwendig „positive" Merkmale besitzen, von denen die einen sie gegen die Gattung, andere sie gegen die

---

[1]) Eine Ausnahme macht höchstens Art. 250 bezüglich der Stillen Gesellschaft.

[2]) In seinem Commentar des A. d. H.G.B. zu Art. 85.

verwandten Arten abheben. Was der Offenen Handelsgesellschaft den Schein der Identität mit dem generellen Begriff „Handelsgesellschaft im engeren Sinne" verleiht, ist hauptsächlich der Umstand, dass der Definitionsartikel 85 des A. d. H.G.B. durch seine theilweis negative Fassung für Fälle, in denen es zwar fest steht, dass eine Handelsgesellschaft vorliegt, nicht aber welche der mehreren Arten, eine Präsumtion für die Offene Handelsgesellschaft veranlasst.

B. Die **Kommanditgesellschaft** ist eine Handelsgesellschaft (also eine Vereinigung mehrerer Personen zum Betriebe eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma), in welcher ein Theil der Mitglieder nur mit einer bestimmten Vermögenseinlage (Kommanditisten), ein anderer Theil aber nicht in beschränkter Weise haftet (persönlich haftende Gesellschafter).[3])

Was „Haft" oder „Betheiligung mit einem bestimmten Vermögen" rechtlich bedeutet, darüber herrscht noch Streit. Die Einen behaupten, dass die Kommanditisten, ebenso wie die persönlich haftenden Handelsgesellschafter, den Geschäftsgläubigern direkt und solidarisch, aber nicht illimirt, sondern nur limitirt, nur bis zur Höhe ihrer Einlage obligirt seien; die Andern dagegen leugnen jedes direkte Rechtsverhältniss zwischen Kommanditisten und Geschäftsgläubigern.[4]) Die hier zu beobachtende Parteibildung deckt sich ungefähr mit der Divergenz der Ansichten in der weiteren Frage, ob die Kommanditgesellschaft eine Modifikation der Offenen Handelsgesellschaft, oder der Stillen Gesellschaft sei. In Wirklichkeit ist die Kommanditgesellschaft weder das eine, noch das andere, sondern ein eigenartiges, besonderer Wurzel entsprossenes und selbständig fortentwickeltes Rechtsinstitut.

C. **Die Aktiengesellschaft** ist eine Handelsgesellschaft, in welcher jedes Mitglied nur mit einer Einlage sich betheiligt, ohne dritten Personen für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft irgendwie direkt obligirt zu sein, und das Gesellschaftskapital in Aktien oder auch in Aktienantheile zerlegt ist.

D. Bezüglich der **Kommanditgesellschaft auf Aktien** zeigen Gesetz und Literatur gegenseitig, und letztere auch in sich soweit Uebereinstimmung, dass sie dieselbe eine Kommanditgesellschaft nennen, in welcher das Einlagekapital der Kommanditisten in Aktien oder Aktienantheile zerlegt ist; jedoch fasst nur ein Theil der Literatur sie mit dem Gesetz[5]) als Modifikation der einfachen Kommanditgesellschaft auf, der andere Theil meint, in ihr richtiger eine modi-

---

[3]) A. d. H.G.B. Art. 150, Endemann, Lehrbuch § 49, Gareis, Das deutsche Handelsrecht (Berlin 1880) § 26.

[4]) Vgl. hierüber besonders: Endemann, Lehrbuch § 51 II; Anschütz a. a. O. zu Art. 164, III, 4 und die daselbst N. 4 Zitirten; v. Hahn a. a. O. zu Art. 165, §§ 12 u. 13; Thöl a. a. O. § 105; Wiener a. a. O. (s. oben S. 314, Nr. 5); Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. I, Nr. 33; Molle a. a. O. S. 7 u. 183—193; Kuntze in der Zeitschrift für Handelsrecht Bd. VI, S. 205 ff. u. 218; Dernburg, Lehrbuch Bd. II, S. 569; Lastig a. a. O. S. 406 u. 415. — Einige Schriftsteller gehen über diese prinzipiell und praktisch äusserst wichtige Frage ganz hinweg.

[5]) A. d. H.G.B. Buch II, Tit. 2 „Von der Kommanditgesellschaft". Abschn. 1 „Von der Kommanditgesellschaft im Allgemeinen". Abschn. 2 „Von der Kommanditgesellschaft auf Aktien insbesondere".

fizierte Aktiengesellschaft erblicken zu sollen. Dieser doppelten Auffassung geben auch die an Stelle des gesetzlichen Namens „Kommanditgesellschaft auf Aktien“ vielfach verwendeten beiden andern Bezeichnungen „Aktienkommanditgesellschaft“ und „Kommanditaktiengesellschaft“ Ausdruck.[6])

E. **Stille Gesellschaft** ist dasjenige Vertragsverhältniss, in welchem sich jemand an dem Handelsgewerbe eines andern mit einer Vermögenseinlage gegen Antheil an Gewinn und Verlust betheiligt.[7])

F. Die **Gelegenheitsgesellschaft** ist eine Vereinigung mehrerer Personen zu einem oder mehreren einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung.[8])

II. Bei den Versuchen, die verschiedenen Arten der Handelsgesellschaften zu klassifizieren, hat man ebenso bezeichnender wie erklärlicher Weise dieselben Merkmale wie bei Aufstellung der Definitionen zum Eintheilungsgrund gewählt, nemlich vorzugsweise das Verhältniss der einzelnen Gesellschafter zu den Geschäftsgläubigern, doch wird auch, freilich nicht durchgängig und dann auch nur in zweiter Linie, auf das Verhältniss der Gesellschafter zu einander, auf das innere Verhältniss, besonders auf die Art der Einlage Rücksicht genommen.

Um ein Bild von dem desbezüglichen Stande der Doktrin, bez. deren verschiedenen Richtungen zu erhalten, genügt es, auf die Versuche folgender Autoren näher einzugehen:[9])

A. **Kuntze.**[10]) Die Handelsvereinigung, d. h. die Vereinigung mehrerer Personen zur Gemeinschaft spekulativen Handelns, ist entweder eine subordinative, d. h. eine Vereinigung, in welcher ein einzelner Unternehmer durch Engagirung und Anstellung ihm untergebenen Personals seinen Willen gleichsam mit mehreren Organen ausrüstet (Handelsvertretung), oder eine coordinative, d. h. eine Vereinigung, in welcher mehrere als selbständige Interessenten, also als Mitunternehmer (condomini negotiationis) sich zusammenthun, und so von vornherein

---

[6]) Endemann, Lehrbuch § 67; „richtiger ist sie eine Verbindung einer Aktiengesellschaft mit einer offenen Handelsgesellschaft.“ Gareis, Handelsrecht § 41 sieht die Modifikation der Kommanditgesellschaft darin, „dass mit der Kommanditgesellschaft eine Aktiengesellschaft verbunden ist, oder richtiger in die Kommanditgesellschaft eine Aktiengesellschaft hineingestellt ist.“ Dagegen Anschütz a. a. O. II, S. 402 f. und Thöl a. a. O. § 179. S. auch die Auffassung von Kuntze unten S. 19, Note 4.

[7]) A. d. H.G.B. Art. 250.

[8]) A. d. H.G.B. Art. 266.

[9]) Auf die Zeit vor das A. d. H.G.B. zurückzugehen, halte ich hier nicht für nöthig, weil sie die Kommanditgesellschaft und Stille Gesellschaft noch nicht trennt. Deren Literatur ganz bei Seite zu lassen, würde selbstverständlich ungerechtfertigt sein, so sei z. B. nur auf die vortrefflichen Untersuchungen von L. Goldschmidt aus dieser Zeit verwiesen, deren reicher Inhalt in der neueren Literatur viel zu wenig Beachtung findet, wahrscheinlich ihrer Titel halber: 1) Kritik des Entwurfes eines Handelsgesetzbuches für die preussischen Staaten 1857 (in der kritischen Zeitschrift für die gesammte Rechtswissenschaft Bd. IV). Separatabdruck, 2 Abtheilungen. 2) Gutachten über den Entwurf eines deutschen Handelsgesetzbuches nach den Beschlüssen zweiter Lesung. Beilageheft zu Bd. III der Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht (1860).

[10]) Prinzip und System der Handelsgesellschaften in der Zeitschrift für H.R. Bd. VI, S. 177—245.

dem Unternehmen vervielfältigte Kräfte zuführen, Handelsvereinigung (Assoziation) i. e. S.

Letztere zeigen je nach der (S. 179) Zahl der Unternehmer drei Hauptgestaltungen:

1. **Die eigentliche Handelsgesellschaft**, d. h. Handelsvereinigungen (i. e. S.) einer beschränkten Zahl von Mitunternehmern mit gemeinsamer Handelsniederlassung (S. 180).

2. **Den Aktienverein**, mit einer grösseren Zahl von Mitunternehmern (S. 181).

3. **Die Genossenschaft**, in der Mitte zwischen den beiden andern stehend (S. 181).[11])

Eine blosse Nebengruppe bildet die sg. „stille Betheiligung am Handelsunternehmen eines Andern", nemlich die Stille Gesellschaft des A. d. H.G.B., und die Betheiligung eines Handlungsbevollmächtigten durch Aussetzung des Salairs in Prozenten des Gewinnes; hier liegt nur im uneigentlichen Sinne ein Gesellschaftsverhältniss vor, denn das Unternehmen gründet sich nicht auf die Leistung des stillen Betheiligten, sondern gilt als Unternehmen des Trägers der Firma (S. 182 f.).

Die in die beiden ersten Gruppen fallenden Handelsvereinigungen und die Stille Gesellschaft des A. d. H.G.B. klassifizirt K. einmal mit Rücksicht auf „die Stellung der Theilhaber zu Dritten", dann mit Rücksicht auf „das innere Verhältniss der Gesellschafter untereinander".

Für **„das äussere Verhältniss"** betrachtet er als massgebend: erstens, ob die Betheiligung eine „offene" oder eine „stille" ist, d. h. ob der Theilhaber seinen Antheil an der Firma „öffentlich" vor der Geschäftswelt erklärt und dadurch mit zu der seinigen macht, oder aber vor der Geschäftswelt sich als „extraneus" gerirt, mithin nach aussen nicht als Theilhaber gilt,[12]) und folgeweise von den Handlungsgläubigern unmittelbar in Anspruch genommen werden darf oder nicht;[13]) zweitens, ob die Haft dritten Personen gegenüber eine „volle" oder „beschränkte" ist (S. 205).

Die hieraus resultirende Klassifikation ist folgende: Handelsgesellschaften mit:

a) „offener" und „voller" Betheiligung, sg. „vollkommene Handelsgesellschaft"; dahin gehört die „offene Handelsgesellschaft i. e. S." (S. 206 u. 216).

b) „offener" und „beschränkter" Betheiligung, sg. „unvollkommene Handelsgesellschaft"; hierzu zählt die „einfache Kommanditgesellschaft" und die „Kommanditgesellschaft auf Aktien" (S. 206).[14])

---

[11]) Dieser Ausdruck soll sich nicht mit der heutigen Genossenschaft decken, sondern umfasst alle möglichen Vereinigungen, z. B. Gewerkschaften, Pfännerschaften, ritterschaftliche Kreditvereine, die heutige Genossenschaft u. s. w. (S. 182).

[12]) Der Ausdruck „still" wird hier in einem andern Sinne wie vorhin gebraucht.

[13]) K. macht das direkte Rechtsverhältniss zu dritten Personen also lediglich von der Publikation, nicht von der inneren Struktur des Gesellschaftsverhältnisses abhängig.

[14]) Zum Verständniss sei noch bemerkt, dass nach K. (S. 240 ff.) die Kommanditisten den Gesellschaftsgläubigern direkt haften, und die Kommanditgesellschaft auf Aktien eine Verbindung eines Komplementars mit einem Aktienverein als Kommanditisten ist, beide (Personen) haften direkt und solidarisch. Ferner: „Die Aktienkommanditgesellschaft ist eine aus Kommanditgesellschaft und Aktienverein gemischte

c) „stiller“ und „beschränkter“ Betheiligung; solche sind: die Stille Gesellschaft des A. d. H.G.B. und die Aktiengesellschaft (S. 206).

Auf Grund des **„inneren“ Verhältnisses**, speziell des Umstandes, ob die Gesellschafter sich die Vermögensgewalt über die Firma[15]) vorbehalten, oder sich derselben begeben haben — letzteres führt zur juristischen Person — stellt K. folgende, von ihm weit höher als jene erste geschätzte Klassifikation auf (S. 203, 197, 207 ff.):

a) Die „kollektive“ oder „persönliche“ Handelsgesellschaft (nicht jur. Person, aber sg. conjuncta manus)[16]) nemlich die

„offene Handelsgesellschaft i. e. S.“ (conjuncta manus ist vollständig durchgeführt) (S. 208—216) und die „Kommanditgesellschaft“[17]) (conjuncta manus ist nicht vollständig durchgeführt)

b) „der Aktienverein“ (juristische Person) S. 229 ff.

c) die „gemischte Handelsgesellschaft“, nemlich die Aktienkommanditgesellschaft (S. 240 ff.).[18])

B. Auch **Auerbach**[19]) berücksichtigt das „innere oder objektive“ und das „äussere oder subjektive“ Verhältniss.

1. Das **„innere“ Verhältniss** richtet sich nach der Beschränktheit oder Unbeschränktheit der Einlage und nach dem Interesse der einzelnen Gesellschafter am Gewinn und Verlust. Zwei Gruppen heben sich hier ab:

a) Assoziationen mit Theilnahme sämmtlicher, jedoch der Zahl nach beschränkter Glieder am Geschäftsbetriebe, und aller vollem Interessirtsein an dessen Ergebnissen.

Assoziationsform, oder vielleicht richtiger verstanden eine offene Gesellschaft, insofern als der betheiligte Aktienverein nicht mit einem Theile seines Vermögens, sondern mit seinem ganzen Vermögen (also auch illimitirt) haftet.

[15]) Kuntze a. a. O. S. 197: „In der Firma fasst sich der ganze Vermögenskreis, d. h. das Anlagekapital und der Betriebsfonds mit allen daran hängenden Rechten und Verbindlichkeiten zur Einheit zusammen, in welcher die einzelnen Werthe aufgehoben werden.“

[16]) Unter conjuncta manus (samende, gesamende, gesambte Hand) versteht K. kleinere gewillkürte Verbände von Personen, eine subjektive persönliche Einheit und zwar eine die Person an sich und unmittelbar ergreifende Einheit (S. 209); eine Vereinigung, wodurch die Vereinigten als Ein Rechtssubjekt in Ansehung des oder der betreffenden Rechtsverhältnisse erscheinen (S. 210). Nach aussen erscheint die Mehrheit als Einheit; im Innern, d. h. im Verhältniss der Gesellschafter zu einander, können verschiedene Ordnungen gedacht werden (S. 213). Die Gesellschafter der kollektiven Handelsgesellschafter sind Gesammthänder (S. 214).

[17]) „Kollektivgesellschaft“ sollen die offene Handelsgesellschaft i. e. S. und die Kommanditgesellschaft deshalb genannt werden, weil bei beiden das Handelsregister die Namen sämmtlicher Gesellschafter ausweist, die Firma eine allen gemeinsame ist, und daher auch als Gesellschaftsfirma formulirt wird (S. 208).

[18]) Hinter die kollektive Handelsgesellschaft fügt K. noch die hier nicht zu beachtende Genossenschaft ein, und als gemischte Handelsgesellschaft nennt er neben der Aktienkommanditgesellschaft noch die Rhederei.

[19]) Das Gesellschaftswesen in juristischer und volkswirthschaftlicher Hinsicht unter besonderer Berücksichtigung des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches. Frankfurt a. M. 1861. S. 1—6.

b) Assoziationen, in denen einzelne oder sämmtliche, in beliebiger Zahl zusammentretende Mitglieder nur eine der Grösse nach von ihrem Betheiligungswillen abhängige Summe zur Verfolgung des Gesellschaftszweckes beitragen, nach Massgabe deren sie am Gewinn, und bis zu deren Belauf sie am etwaigen Verlust Theil nehmen.

2. Für das **„äussere“ Verhältniss** kommt es auf die subjektive Weise des Erscheinens und Auftretens nach aussen an, d. h. darauf, ob sich das Gesellschaftsverhältniss in den Beziehungen zu Dritten offenbart oder nicht. Hier werden drei Gruppen unterschieden:

a) Gesellschaften, in denen sämmtliche Mitglieder gleicherweise die Träger und Subjekte der gesellschaftlichen Rechtsbeziehungen bilden.

b) Gesellschaften, in denen nur ein Theil als persönlich haftende Inhaber des Gewerbes und Chef seines Betriebes auftritt.

c) Gesellschaften, die dritten Personen gegenüber bei keinem der Gesellschafter dessen Eigenschaft als Mitglied offenbaren; diese Gesellschaften besitzen selbständige Rechtssubjektivität mit eigenem Vermögen und entsprechender Selbstberechtigung und Selbstverpflichtung.

3. Auf der doppelten Basis **des inneren und des äusseren Rechtsverhältnisses**, bez. deren Gruppirungen gewinnt A. folgende Klassifikation:

a) Die Gesellschaft, in welcher alle zu ihr gehörigen Personen nach innen und aussen als Genossen erscheinen: Offene Handelsgesellschaft.

b) Die Gesellschaften, in denen alle zu ihr gehörigen Personen zwar nach innen Genossen sind, nach aussen aber nur ein Theil derselben als persönlich haftender Inhaber des Geschäfts, als Chef des Betriebes auftritt: Kommanditgesellschaft, Stille Gesellschaft und Kommanditgesellschaft auf Aktien (§ 51).

c) Die Gesellschaft, in der alle zu ihr gehörigen Personen nach innen hin Genossen sind, nach aussen aber keiner von ihnen, sondern die Gesellschaft selber als juristische Person auftritt: Aktiengesellschaft.

C. Einen ganz eigenen, völlig abweichenden Weg schlägt **Endemann** ein.[20]) „Der Karakter der Handelsgesellschaften wird theils durch die „Mittel“ bestimmt, welche zur Erreichung des Unternehmungszweckes zusammengebracht werden, theils und zwar jetzt vornehmlich durch die „Kreditbasis“, welche geschaffen wird, um die Erfüllung der von der Gesellschaft eingegangenen Verbindlichkeiten zu decken.“

Die „Mittel“ sind „vereinigte Arbeit“ oder „vereinigtes Kapital“ oder „vereinigte Arbeit und Kapital“ (Lehrbuch § 33).

Die „Kreditbasis“ ist entweder eine „illimitirte Haft“ der einzelnen Gesellschafter mit ihrem ganzen Vermögen, sg. „unbeschränkter Personalkredit“; oder eine „limitirte Haft“ mit abgegrenztem Vermögensbetrage, welcher, meist in Geld bestehend, regelmässig sofort reell in die Gesellschaftskasse eingezahlt

[20]) Endemann, Die nationalökonomischen Grundsätze der kanonistischen Lehre (Jena 1863); Lehrbuch § 32 ff.; Die Entwickelung der Handelsgesellschaften (Berlin 1867); und Studien in der romanisch-kanonistischen Wirthschafts- und Rechtslehre Bd. I, S. 341—420 (Berlin 1874).

worden ist, sg. „Realkredit“ einer bestimmten Einlage; oder eine „Mischung von Personal- und Realkredit“ (Lehrbuch S. 141—145, 210, 214).

Mittel und Kreditbasis in ihren verschiedenen Kombinationen geben folgende Klassifikation:

1) Eine Handelsgesellschaft, welche sich ursprünglich lediglich auf „vereinigte Arbeit“ gründet und unbeschränkten „Personalkredit“ als Kreditbasis hat: Offene Handelsgesellschaft (Lehrbuch § 33, 34, 48).

2) Eine Handelsgesellschaft, welche lediglich auf „vereinigtem Kapital“ und reinem „Realkredit“ beruht, und deshalb auch „reine Kapitalgesellschaft“ genannt wird: Aktiengesellschaft (Lehrbuch § 53 und 55).

3) Handelsgesellschaften, welche Vereinigungen von Kapital und Arbeit sind und unbeschränkten Personalkredit und Realkredit aufweisen: Kommanditgesellschaft, Kommanditgesellschaft auf Aktien und Stille Gesellschaft als Unterart der Kommanditgesellschaft (Lehrbuch § 49 und 51).[21])

D. Ein anderer Versuch der Klassifikation.

§ 77.

1. Einleitung. Die einseitigen Handelsgesellschaften.

Ist die oben ausgesprochene Ansicht, dass die Gesellschaft kein eigenartiges selbständiges Rechtsverhältniss oder Rechtsinstitut sei, sondern nur eine den verschiedenartigsten Rechtsverhältnissen hinzutretende Eigenschaft, dann müssen für die Definitionen der einzelnen sogenannten Gesellschaftsarten und deren Klassifikation nothwendig eben jene Rechtsverhältnisse oder Institute die Basis bilden. Aber, welches sind sie?

Wie der Handel selbst, so sind auch die dem Handel dienenden Gesellschaften oder Rechtsverhältnisse und Institute mit Gesellschaftskarakter auf Produktion [1]) gerichtet.[2]) Jede Produktion setzt ein wirthschaftliches Zusammenwirken der Produktionsfaktoren Arbeit und Kapital voraus, deshalb auch der Handel, und jede Handelsunternehmung, jedes Handelsgeschäft.[3]) Wer einen der Produktionsfaktoren überhaupt nicht, oder einen bez. beide nicht in dem erforderlichen Grade besitzt, kann das beabsichtigte Unternehmen nicht mit eigenen Mitteln ins Leben rufen, muss fremde Kräfte heranziehen, mit den seinigen zum Zusammenwirken vereinigen. Die Vereinigung kann doppelter Art

[21]) Die Kreditbasis verwerthet auch Gareis, Handelsrecht § 23 zu einer „Eintheilung der Handelsassoziationen“ in „Personalassoziation“ und „Realassoziation“.

[1]) Vgl. L. Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts 2. Aufl. (Stuttgart 1874 ff.) S. 404.

[2]) Zu den folgenden Untersuchungen vgl. Lastig, Beiträge a. a. O. S. 407 ff.

[3]) Vgl. auch Knies, Geld und Kredit, I. Abthlg. das Geld (Berlin 1873 ff.) S. 103: Die wirthschaftlichen Produktionsstätten bedürfen regelmässig einer Leitung durch den sinnenden Geist des Menschen, der mechanischen Bewegungseffekte durch folgsame Handarbeit und eines Quantums wirthschaftlicher Habe.

sein; entweder verschafft sich der Unternehmer die Nutzung fremder Arbeit, fremden Kapitals für seine eigene Wirthschaft, und zwar gegen ein Entgeld,[4]) oder er kommt mit einer (oder mehreren) Person, welche die erforderlichen, ihm fehlenden Mittel besitzt, überein, für das betreffende Unternehmen mit beiderseitig zu stellenden Mitteln eine gesonderte, dritte Wirthschaft zu errichten und zu betreiben. Dort sehen wir Einen Unternehmer (Einzelunternehmer), hier Mehrere Mitunternehmer. Dort kann man von einer **„subordinirenden"**, hier von einer **„coordinirenden"** (wirthschaftlichen) **Vereinigung der Mittel** sprechen. Eine „Vereinigung von Personen", dieser stetige Bestandtheil der Definitionen von Handelsgesellschaft,[5]) liegt nur im zweiten Fall vor.

Entsprechend diesem wirthschaftlichen Sachverhalt können Gesellschaften mit subordinirender und solche mit coordinirender Vereinigung von Arbeit und Kapital unterschieden werden; für erstere können nur solche Rechtsverhältnisse oder Rechtsinstitute in Betracht kommen, welche jemandem die wirthschaftliche Nutzung fremder Arbeit oder fremden Kapitals gegen Entgelt gewähren.

I. **Rechtsverhältnisse, welche jemandem, dem Unternehmer, vertragsmässig die Befugniss geben, von einem andern gegen Entgelt die Leistung von Diensten oder Arbeit für sein Unternehmen zu fordern,** sogenannte Arbeits- oder Dienstverhältnisse, und die sie begründenden Verträge, sogenannte Arbeits- oder Dienstverträge, Miethe, Dienstmiethe, locatio conductio operarum und operis (resp. verwandte Innominatkontrakte) erhalten den Karakter der Gesellschaft, des Gesellschaftsvertrages, wenn für die operae (resp. d. opus) nicht ein sicheres Aequivalent, nicht eine sichere feste Summe Geldes (oder andere Sachen), sondern ein Antheil aus den unsicheren Früchten des Unternehmens stipulirt ist. Ich habe früher vorgeschlagen,[6]) diese Fälle **„einseitige Arbeitsgesellschaft"** zu nennen; „Arbeitsgesellschaft", weil der Gewinnantheil das Aequivalent für geleistete Arbeit ist, oder der Gegenstand der Hauptleistung des Vertrages Arbeit, Dienste sind; „einseitige" Arbeitsgesellschaft, weil nur der eine Kontrahent dem andern Arbeit zu leisten hat, die ältesten Quellen nur diesen, nicht auch den andern, den Unternehmer, „socius" nennen.

Das römische Recht bietet eine ganze Reihe von Beispielen solcher einseitigen Arbeitsgesellschaft.[7])

Aus dem heutigen Recht gehört das Verhältniss des commis interessé und sonstiger gegen Tantième angestellter Personen hierher.[8])

---

[4]) Vgl. L. Goldschmidt a. a. O. S. 405 u. 408.

[5]) Vgl. oben S. 316.

[6]) A. a. O. S. 409.

[7]) S. Lastig a. a. O. S. 410—414.

[8]) S. ebendaselbst S. 415; Fr. v. Hahn, Commentar zu Art. 57, § 8; Troplong a. a. O. Nr. 45, 96, 97, 649 ff. — Fälle, in denen jemand für seine Dienste bestimmte Prozente vom Werth oder auch vom Verkaufspreis erhält, wie bei Mäklerei, contrat de pacotille und implicita, haben keinen Gesellschaftskarakter. Ueber die implicita vgl. L. Goldschmidt, De societate en commandite (Halis 1851) S. 6 u. 7, die dort Zitirten und Azuni Dizionario universale ragionato della giurisprudenza mercantile (Nizza 1787) s. v. accomenda ed implicita § 2. Dagegen Wendt, s. oben S. 252 f.

Der interessanteste von allen Fällen aber ist das Verhältniss zwischen dem Komplementar und dem resp. den Kommanditisten der Kommanditgesellschaft.

Die Dienste des socius können technische oder juristische sein, und letzteren Falles in der Form direkter oder indirekter Stellvertretung erfolgen. Dort schliesst der socius für den Unternehmer die betreffenden Rechtsgeschäfte mit dritten Personen in dessen Namen, dieser ist der juristische Träger derselben, der allein Berechtigte und allein Verpflichtete; hier dagegen schliesst der socius für den Unternehmer die betreffenden Rechtsgeschäfte in seinem eigenen Namen, er selbst erscheint de jure formali als Träger derselben, als Berechtigter und Verpflichteter.

Die comanda oder accomenda,[9]) die Vorstufe unserer Kommanditgesellschaft, ist ein Rechtsverhältniss, in welchem ein Unternehmer (accomendans — Kommanditist) von einem andern (dem accomendatarius oder Komplementar) fordern darf, dass dieser gegen Antheil am Gewinn mit einem ihm übergebenen Kapital für dessen Rechnung, aber auf eigenem Namen Handelsgeschäfte betreibe.

Das Comandaverhältniss, das Verhältniss zwischen dem resp. den Kommanditisten und dem oder den sogenannten persönlich haftenden Gesellschaftern ist, trotzdem das Verhältniss auf Seite der mehreren Kommanditisten komplizirter (Gesellschaft) geworden ist, noch heute dasselbe. De jure materiali ist der Kommanditist (resp. die Gesellschaft der Kommanditisten) der Unternehmer, der Komplementar nur sein Arbeitssocius, welcher als Aequivalent für seine Geschäftsführung (vielleicht neben festem Gehalt) einen Theil des dem Kommanditisten gehörenden Gewinnes erhält; aber weil der Kommanditist das Geschäft wenngleich de jure materiali für Rechnung des Kommanditisten, so doch auf seinen eigenen Namen und deshalb in Augen Dritter auch in eigener Verantwortung führen muss, so erscheint de jure formali er als Unternehmer, als Geschäftsherr. Eine Ausnahme liegt wirthschaftlich, nicht juristisch, nur da vor, wo die Kommanditgesellschaft, fast möchte man sagen missbräuchlich, dazu verwendet wird, die Funktionen unserer heutigen Stillen Gesellschaft auszuüben.

Sehr rein zeigt sich der eben geschilderte Sachverhalt noch in der Kommanditgesellschaft auf Aktien.

II. **Rechtsverhältnisse, welche jemandem, dem Unternehmer, für seine Geschäfte die wirthschaftliche Nutzung fremden Kapitals gegen Entgelt gewähren,** erhalten ebenfalls den Gesellschaftskarakter, wenn das Aequivalent der Kapitalnutzung nicht in einer sicheren festen Summe Geldes (oder anderer Sachen) sondern in einem Antheil an den unsichern Früchten des Unternehmens besteht. In Korrespondenz mit der einseitigen Arbeitsgesellschaft kann man hier von **„einseitiger Kapitalgesellschaft“** sprechen.

Die hierher gehörenden Rechtsverhältnisse weisen sehr verschiedene juristische Struktur auf; die einen bleiben im Obligationenrecht, die andern greifen in das Sachenrecht hinüber; bei den einen bleibt das Nutzungsobjekt im Besitz dessen, der die Nutzung gestattet, des Kapitalsozius, bei den andern geht es

---

[9]) S. Lastig a. a. O. S. 499—406 u. 415 f.

in Detention oder Besitz, ja sogar in das Eigenthum des Unternehmers über; bei den einen muss der Unternehmer das Nutzungsobjekt in specie, bei den andern braucht und kann er es nur in genere zurückgeben. Da wir es hier nur mit dem Handelsrecht zu thun haben, dieses aber Immobilien aus seinem Kreise ausschliesst, so darf die folgende Betrachtung alle desbezüglichen Fälle bei Seite lassen.

Die entgeltliche Nutzungs- oder Gebrauchsgestattung an Mobilien tritt besonders in folgenden Rechtsformen auf:

A. **Sachmiethe**, locatio conductio rei. Sie gibt dem miethenden Unternehmer nach gemeinem Rechte ein persönliches, nach preussischem Rechte ein dingliches Recht, und legt ihm Rückgabe in specie auf. Wird an Stelle eines sichern, festen Miethszinses dem Vermiether ein Antheil der aus oder mit der Miethssache erzielten Früchte stipulirt, so nimmt das Rechtsverhältniss Gesellschaftskarakter an. Der Handel kennt derartige Fälle; z. B. ein Gyps- oder Bronze-Gusswaarenfabrikant[10]) schliesst mit jemandem, der einige vorzügliche Formen besitzt, einen Vertrag, kraft dessen er diese Formen zur Herstellung einer Anzahl von Statuetten u. s. w. benutzen darf und als Entgelt einen Antheil des Reingewinnes zahlen muss.

B. **Das Darlehn**, mutuum, einer Quantität Geld oder anderer vertretbarer Sachen. Dass das Darlehn in eine Gesellschaft umschlägt, wenn die sicheren Zinsen einem Antheil des Darleihers am Geschäftsgewinn weichen, braucht gegenüber der heute allgemein herrschenden Auffassung der Stillen Gesellschaft des A. d. H.G.B. als modifizirtes Darlehn kaum noch der Erwähnung.

C. **Das depositum irregulare.**

Sowohl das römische, wie das mittelalterliche und heutige Recht bieten für das eben Gesagte die vollsten Belege.[11]) Das mittelalterliche Recht besitzt für diese Sachnutzungen gegen Gewinnantheil sogar einen eigenen Namen: participatio oder participatio pecuniaria; ihm entspricht der freilich etwas erweiterte Begriff: associations commerciales en participation des französischen und der ihm verwandten Rechte.

Der Unternehmer (Miether, Entleiher, Depositar) ist hier alleiniger dominus negotii, und er allein schliesst die Geschäfte mit dritten Personen ab, und zwar in eigenem Namen und für eigene Rechnung, er allein wird ihnen gegenüber berechtigt und verpflichtet. Der Kapitalsozius als solcher tritt mit Dritten in gar keinen Konnex, und ist bezüglich seines Gewinnantheils lediglich Gläubiger des Unternehmers.

Beide Fälle (I. u. II) haben mit einander gemein, dass allein diejenige Partei, welche (dem Publikum gegenüber) als Unternehmer auftritt, aus den Geschäftshandlungen dritten Personen gegenüber direkt berechtigt und verpflichtet wird, nicht auch die andere Partei. Dass die Haft der ersteren sich stets auf den ganzen

---

[10]) Wirklicher Kaufmann.

[11]) Näheres s. Lastig a. a. O. S. 417—426. Vgl. auch Troplong a. a. O. Nr. 801, 44, 384, 492 ff., 47—48, 50—52, 798 ff. und die daselbst Zitirten. Noch andere Belege s. auch Lastig, Die Stille Gesellschaft, Habilitationsschrift (Halle 1871).

Betrag der Obligation erstreckt, und die Exekution eventuell das ganze Vermögen ergreift, ist ebenso selbstverständlich wie bei jedem gewöhnlichen Schuldverhältniss. Blosse Publikation des Verhältnisses ruft bei der einseitigen Gesellschaft ebensowenig Aenderungen hervor wie bei dem betreffenden Grundverhältniss, z. B. Darlehn, Miethe u. s. w. Will man beide Gesellschaftsarten in Anhalt an die einseitige Kapitalgesellschaft, oder Stille Gesellschaft des A. d. H.G.B. generell als „Stille Gesellschaft“ [12]) bezeichnen, so mag es geschehen, doch sollte nicht vergessen werden, dass „still“ im Sinne von „unbekannt“, „geheim“ kein wesentliches Merkmal ist. — Ueberdies bezieht sich das „still“ oder „geheim“ gar nicht, wie heute allgemein angenommen wird, auf das Publikum, auf die Geschäftsgläubiger; nicht ihnen soll das Gesellschaftsverhältniss verborgen bleiben, sondern dem Geschäftspersonal, den Buchhaltern. Die ältere Buchhaltung wie die heutige unterscheiden „offene“ Bücher und „geheime“, sogenannte „Geheimbücher“. Letztere werden von dem Prinzipal selbst geführt und betreffen Theile des Geschäfts, die er nicht in die von fremden Personen geführten Komptoir-Bücher notiren lassen will, z. B. Hypothekenschulden, Effekten, Salaire, Immobilien, Gewinn und Verlust, die Antheilshöhe der einzelnen Gesellschafter in einer Offenen Handelsgesellschaft, und auch solche einseitige Kapitalgesellschaften. Wohl davon, dass sie häufig oder regelmässig in Geheimbüchern gebucht wurden bez. werden, haben die einseitigen Kapitalgesellschaften die Bezeichnung „Geheime“, „Vertraute“, „Stille“ Gesellschaft erhalten. [13]) Die einseitige Arbeitsgesellschaft ist meines Wissens nie so genannt worden. Ob und wie weit [14]) eine Gesellschaft eine in diesem Sinne „stille“ ist, hängt sonach lediglich von dem individuellen Belieben des Prinzipals ab; ob die Buchung in den offenen oder geheimen Büchern erfolgt, kann selbstverständlich auf das Gesellschaftsverhältniss, und auf die Stellung des Kapitalsozius Dritten gegenüber einen rechtlichen Einfluss in keiner Weise ausüben. — Die Ansicht, dass die „Stille“ Gesellschaft eine dem Publikum unbekannte, vor ihm verborgen gehaltene Gesellschaft sei, desgleichen deren Konsequenzen, unter denen namentlich Art. 260 des A. d. H.G.B. und die Auffassung der Kommanditgesellschaft als publizirter, bekannter Stillen Gesellschaft (Art. 250 ff.) hervorragen, gehören erst dem dritten Dezennium unsers Jahrhunderts an. [15])

---

[12]) L. Goldschmidt, Kritik des preuss. Entw. a. a. O. S. 325 und Separatabdruck II, S. 37 u. 44.

[13]) Vgl. Ernst Ludwig Jäger, Beiträge zur Geschichte der doppelten Buchhaltung (Stuttgart 1874), darin Thl. I „Doppeltes Heft mit seinem Journal, neuestens zusammengestellt und aufs fleissigste geordnet nach dem Gebrauche von Venedig, von Dominicus Manzoni 1554, S. 36 ff. u. S. 268. — E. L. Jäger, Lucas Paccioli und Simon Stevin (Stuttgart 1876), S. 152, Bericht nach G. H. Buse, Das Ganze der Buchhaltung (Erfurt 1804, S. 346 ff.). A. Christ, Die doppelte Buchführung (Elberfeld 1874) §§ 108 bis 114. — O. Swoboda, Die einfache und doppelte Buchführung (Berlin 1877) S. 190 ff.

[14]) Das heisst, ob die Existenz der einseitigen Kapitalgesellschaft überhaupt oder deren Kapitalhöhe, oder die Person des Gesellschafters dem Geschäftspersonul unbekannt bleiben soll.

[15]) S. unten in der Lehre von der Stillen Gesellschaft Näheres.

Es liegt nahe, aus dem vorhin Gesagten den Schluss zu ziehen, dass die Offene Handelsgesellschaft ihren Namen ebenfalls aus der Art der Buchführung ableite, aber das wäre unrichtig; meines Wissens haben zuerst Heise und Thöl den Ausdruck „offene“ Handelsgesellschaft gebraucht, wohl in Anlehnung an das französische „société en nom collectif“.[16])

§ 78.

2. Die gegenseitige Handelsgesellschaft.

Die koordinirende Vereinigung von Arbeit und Kapital stellt sich stets als ein **Gemeinheits- oder Gemeinschaftsverhältniss** dar. Zwei (oder mehrere) Personen kommen überein, mit beiderseitig zu stellenden Mitteln ein Handelsgeschäft, eine Handlung, eine von der Wirthschaft jedes einzelnen von ihnen getrennte, gesonderte dritte Wirthschaft für den gewerbemässigen Betrieb von Handelsgeschäften zu errichten. Jeder der Kontrahenten ist Unternehmer, Mitunternehmer, die Handlung wird für Beider Rechnung geführt, jeder ist des andern Sozius. Man kann eine derartige Handelsgesellschaft **„gegenseitige Gesellschaft“** nennen.[17])

Aus dem A. d. H.G.B. gehört die **„Offene Handelsgesellschaft“** hierher.

I. **Den Ursprung** und eine auch noch heute sehr häufige Basis der gegenseitigen Handelsgesellschaft **bildet die Familiengemeinschaft** und die daraus sich ergebende **Hausgemeinschaft** bez. **Erbgemeinschaft.** Die nach dem Tode des Familienhauptes zurückgebliebenen Familienglieder leben in consortio und betreiben ein Handelsgewerbe, vielleicht lediglich in Fortsetzung des väterlichen Geschäfts. Die Consorten haften als Glieder desselben Hauses, also auf Grund ihrer Familienzusammengehörigkeit, auf Grund eines relativen Personenrechtsverhältnisses jeder für die Handlungen des andern mit seiner Person.

Die Quellen nennen solche in consortio und gemeinsamem Gewerbebetrieb stehende Verwandte — meist Brüder — „socii“, das ganze Verhältniss „societas“ oder „compagnia“. Die Erbgemeinschaft, das consortium, diese communio incidens gewinnt demnach den Gesellschaftskarakter, wenn die Miterben oder Consorten auf Grund besonderer Uebereinkunft mit dem gemeinschaftlichen Gut ein Handelsgewerbe für gemeinsame Rechnung betreiben. — Das Grundverhältniss der gegenseitigen Handelsgesellschaft ist hier also Erbgemeinschaft, consortium.

Seitdem Brüder auch ohne bereits Miterben zu sein, und sogar Fremde in consortium treten, in gemeinsamem — die Brüder in vom väterlichen gesondertem — Haushalte leben, um gemeinschaftlich ein Handelsgewerbe zu betreiben, ist die **gegenseitige Haft,** welche sich für die Consorten andauernd erhält, von ihrem ursprünglichen Boden losgelöst, sie scheint nunmehr eine **Folge lediglich des consortium, des consortium zu gemeinsamem Handelsgewerbebetrieb** zu sein. Zugleich zeigen sich noch weitere Unterschiede gegen früher; während

[16]) Heise's Handelsrecht (Vorlesungen 1814—1817) § 2 und Thöl, das Handelsrecht (2. Aufl., Göttingen 1847) § 36.

[17]) Lastig, Beiträge a. a. O. S. 426.

auf der älteren Stufe von vornherein ein gemeinsames, zu Miteigenthum stehendes Kapital existirt, welches nur durch nachfolgenden Vertrag zum Betrieb eines gemeinsamen Gewerbes verwandt wird, müssen die Consorten hier die nöthigen Mittel erst zusammentragen. In welchem Rechtsverhältniss der Geschäftsfonds zu den einzelnen Consorten hier steht, ob in fingirter Erbcommunio, in gewöhnlichem Miteigenthum u. s. w., die Beantwortung dieser Frage mag für die folgende Stufe der gegenseitigen Handelsgesellschaft vorbehalten bleiben.[18])

Sobald der Handel den vagabondirenden Karakter verliert, der Kaufmann von einem festen Mittelpunkt aus sein Geschäft betreibt und leitet, von den Gesellschaftern der eine im Heimathsort, der andere am Ort der Bezugs- oder Absatzquellen, kurz in der Fremde Wohnsitz nimmt, gleichzeitig auch aus andern Gründen das consortium für die Kreise, denen der Kaufmannsstand angehört überhaupt, und damit auch für die zu gemeinsamem Gewerbebetrieb vereinten Kaufleute ausser Uebung kommt, erscheint die im Handelsrecht hier sich stetig fortbehauptende **gegenseitige Haft der Mitunternehmer als rein vermögensrechtliche Folge des gemeinsamen Handelsgewerbebetriebes**, als eine karakterische Eigenthümlichkeit der gegenseitigen Handelsgesellschaft,[19]) welche dann die Jurisprudenz römisch-rechtlich durch Mandat oder Institoriat zu erklären versucht.

Bei der gegenseitigen Handelsgesellschaft haben wir es demnach, wenn gleich der Gläubiger actione directa gegen jeden Gesellschafter klagen kann, nicht mit einer direkten correalen oder solidaren Schuldverpflichtung jedes Gesellschafters auf Grund der einzelnen für die Gesellschaft geschlossenen Rechtsgeschäfte zu thun, sondern mit einer personenrechtlichen Haft aller einzelnen Gesellschafter für einander. Selbstverständlich konnte und kann der Gläubiger eines Gesellschafters stets das ganze Schuldobjekt einklagen, und die Exekution in das gesammte Vermögen eines Genossen vollstrecken lassen.

II. **Die direkte illimitirte Solidarhaft** der Mitglieder einer Offenen Handelsgesellschaft **braucht und darf sonach nicht darauf zurückgeführt werden, dass die Gesellschaftsgeschäfte im Namen aller Gesellschafter geschlossen werden,** der socius gerens oder contrahens Bevollmächtigter, vermögensrechtlicher Stellvertreter seiner Mitgesellschafter ist. Selbst das A. d. H.G.B. spricht gegen eine derartige Auffassung, denn beginnt Art. 114 II. zwar mit den Worten:

---

[18]) Für die folgenden Untersuchungen vgl. Lastig, Beiträge a. a. O. S. 431—449. Daselbst auch die quellenmässigen Belege.

[19])

a)	{Verwandtschaft. Gegenseitige Haft.	Erbgemeinschaft.	Consortium.	Gemeinsames Geschäft.
	{Verwandtschaft. Gegenseitige Haft.		Consortium.	Gemeinsames Geschäft.
b)	{Verwandtschaft. Gegenseitige Haft.		Consortium.	Gemeinsames Geschäft.
			{Consortium. Gegenseitige Haft.	Gemeinsames Geschäft.
c)				{Gemeinsames Geschäft. Gegenseitige Haft.

„Die Gesellschaft (alle Gesellschafter) wird durch die Rechtsgeschäfte, welche ein zur Vertretung der Gesellschafter befugter Gesellschafter in ihrem Namen schliesst, berechtigt und verpflichtet", so fährt er doch fort: „es ist gleichgültig, ob das Geschäft ausdrücklich im Namen der Gesellschaft geschlossen worden ist, oder ob die Umstände ergeben, dass es nach dem Willen der Kontrahenten für die Gesellschaft geschlossen werden sollte." Das heisst doch: **Jeder der Gesellschafter haftet Dritten persönlich aus jedem Geschäft, welches einer der Gesellschafter erkennbarer Weise für Rechnung der Gesellschaft geschlossen hat.**

So ist es positivrechtlich auch von jeher gewesen, nur die romanisirende Doktrin hat sich den bestehenden Sachverhalt anders zurecht gelegt. Ursprünglich haftete jeder Familienangehörige, dann nur jeder Hausgenosse, jeder Consorte für jede Handlung, die ein Genosse in eigenem Namen und für eigene Rechnung vornahm. Seit die gegenseitige Haft sich auf die consortialen Mitunternehmer, noch später auf die reinen Mitunternehmer beschränkt, sie nur noch in Veranlassung oder im Gefolge eines gemeinsamen Gewerbe- speziell Handelsgewerbebetriebes auftritt, heben die Quellen ausdrücklich hervor, dass solche Mitunternehmer dritten Personen für einander nur haften, sofern ein Gesellschafter ein Geschäft für seine und seiner Mitgesellschafter, kurz für der Gesellschaft Rechnung geschlossen hat.

III. **Ein äusseres Kennzeichen** dessen, **dass ein konkretes Geschäft für die Gemeinwirthschaft, für gemeinsame Rechnung geschlossen ist,** finden die Quellen unter anderm in der Erklärung des kontrahirenden Gesellschafters, das Geschäft für sich und seine Gesellschafter zu schliessen, oder darin, dass der Gesellschafter das Geschäft in die Handlungsbücher der Gesellschaft einträgt. Dies ist eine Einschränkung der Haft gegen früher, und zwar eine Einschränkung zu Gunsten der Gesellschafter. Gleichzeitig liefern die Quellen hiermit den bündigsten Beweis, wie die gegenseitige Haft der Gesellschafter nicht erst dadurch erzeugt worden ist, dass der Gesellschafter für sich und seine Genossen kontrahirt, ferner wie die Gesellschafter überhaupt nicht im Namen, sondern nur für Rechnung der Gesellschaft kontrahiren.

Die Gesellschaftsfirma der Offenen Handelsgesellschaft muss daher anders, als anher üblich aufgefasst werden. Das Vorbild unserer heutigen deutschen Gesellschaftsfirma ist die ragione sociale des älteren und heutigen italienischen, die raison sociale des französischen Handelsrechts; ragione, raison heisst „Rechnung". Der Gebrauch der Klausel, es sei ein Geschäft für „ragione sociale" geschlossen heisst also nur, es gehe für Rechnung der Gesellschaft, der Gesellschafter handle für sich und seine Gesellschafter.

Anfänglich kontrahirte jeder Gesellschafter in eigener Person, unter eigenem Namen, aber mit der Erklärung für Rechnung seiner selbst und seiner Genossen zu handeln. Wer der Kontrahent ist, wessen Gesellschafter in Frage kommen, ging bei schriftlichem Geschäftsabschluss aus der Unterschrift, aus der Firma des kontrahirenden Gesellschafters hervor, denn die Unterschrift enthält natürlich den Namen desselben. Sehr bald stellte sich noch ein anderer Modus ein.

Einer der Gesellschafter pflegte das Haupt der Gesellschaft zu sein, z. B. A., er führte die Geschäfte, nach ihm wurden die Rechnungsbücher bezeichnet (A et socii), und auch in fremden Handlungshäusern die Buchungen vorgenommen. Schlossen auch andere Gesellschafter neben ihm Geschäfte für die Gemeinwirthschaft ab, so thaten zwar auch sie dies in eigener Person und eigenem Namen, und trugen die Geschäfte in dieselben Bücher ein, aber bei dem Geschäftsabschluss erklärten sie nicht, „für sich und ihre Gesellschafter" zu handeln, sondern „für die Societas A", oder für „A et socii". Während der socius contrahens dort die Gesellschafter mit seiner eigenen Person in Verbindung setzte, bezeichnete er hier sich und die übrigen Glieder der Gesellschaft als Gesellschafter des A; der Name des Hauptgesellschafters mit dem Zusatz „et socii", oder „et compagni" ward dadurch zur ragione sociale, zum Rechnungsnamen der Gesellschaft. Die Unterschrift oder Firma leistet der kontrahirende Gesellschafter hier wie dort mit seinem eigenen bürgerlichen Namen.

Noch später kommt es auf, dass der socius contrahens bei schriftlichem Vertragsabschluss statt mit seinem eigenen Namen mit der ragione sociale zeichnet, firmirt. Seitdem hat die ragione sociale eine doppelte Funktion: erstens zeigt sie an, für welcher Personen gemeinsame Rechnung ein Geschäft abgeschlossen wird; zweitens vertritt sie in der Unterschrift des kontrahirenden Gesellschafters dessen persönlichen Namen, sie dient nun auch als Firma, aber nicht der Gesellschaft, oder aller Gesellschafter, sondern nur des socius contrahens. Naturgemäss hat sich diese Sitte zuerst bei den Rechtsgeschäften heraus gebildet, welche der Hauptgesellschafter, in dem obigen Beispiele A, schliesst. Hier lag es am nächsten, dass A statt 1) im Kontext zu erklären, er sei Mitglied der Gesellschaft A et socii und handle für sich und seine socii, 2) die Unterschrift mit seinem bürgerlichen Namen zu geben, abkürzend einfach mit „A et socii" unterzeichnete.

Eine Aenderung im Rechtsgrunde der Obligirung oder der Haft dritten Personen gegenüber ist dadurch weder für den socius contrahens noch für die übrigen Gesellschafter eingetreten; jener haftet aus seinem Rechtsgeschäft, diese weil sie dessen Gesellschafter sind, und Gesellschafter kraft positiven Rechtssatzes für einander einstehen müssen.

IV. Noch eine andere Frage sei des historischen Zusammenhanges halber hier erwähnt. Nach dem oben Gesagten hafteten die Gesellschafter ursprünglich für jede Handlung jedes einzelnen von ihnen, später nur aus Rechtsgeschäften, welche für die Gemeinwirthschaft geschlossen wurden. Die Fähigkeit zu handeln leitet der einzelne Genosse offenbar nicht erst aus dem Verwandtschafts-, Consortial- oder Gesellschaftsverhältniss, sondern aus seiner eigenen Persönlichkeit ab; desgleichen die Fähigkeit für Rechnung der Gemeinwirthschaft zu handeln. Der Gesellschafter bedarf gar keines besondern Mandats, Institoriats oder Vollmacht der übrigen Genossen. — **Jedem Gesellschafter wohnt eo ipso die Fähigkeit inne, für Rechnung der Gemeinwirthschaft Rechtsgeschäfte abzuschliessen**, aus denen dann er, und neben bez. für ihn auch seine Gesellschafter, also alle direkt solidarisch und illimitirt haften.

Es liegt auf der Hand, dass den Mitgliedern einer Handelsgesellschaft hieraus unendliche Nachtheile erwachsen konnten, und wirklich auch desto häufiger erwuchsen, je mehr die Gesellschaften sich der sittlichen und rechtlichen Bande der Familie und des consortium entledigten. Bis zu einem gewissen Grade wurde die Gefahr zwar dadurch abgestumpft, dass thatsächlich wie nicht jeder Consorte, so auch nicht jeder Gesellschafter wirklich in die Geschäfte eigenthätig eingriff, die Geschäftsführung oder Leitung vielmehr, wie früher dem Familienoberhaupte so später einem oder mehreren Gesellschaftern allein überlassen blieb, aber die „rechtliche" Fähigkeit, selber einzugreifen und Dritten damit die Veranlassung zu geben, eventuell sich an seine Genossen zu halten, war keinem der Gesellschafter entzogen. **Es zeigte sich das Bedürfniss, der Freiheit des Einzelnen rechtliche Schranken zu ziehen.** Nach ihren eigenen Angaben treffen mittelalterliche Quellen „utilitatis causa", mit Rücksicht auf die Gesellschafter selbst, die Bestimmung, dass die Genossen für Rechtsgeschäfte eines Gesellschafters den dritten Kontrahenten desselben dann nicht haften, wenn letzterer nicht deren Konsens hiezu hat. Bisweilen wird der Konsens „aller" Genossen verlangt, bisweilen nur einer bestimmten Zahl, z. B. zweier oder dreier Genossen, oder der Majorität. Der Konsens kann ein spezieller oder genereller sein, vorher und nachher ertheilt werden.

Damit ist der konsenslose Gesellschafter von der Geschäftsführung mit dritten Personen ausgeschlossen, diese liegt allein in der Hand der übrigen Gesellschafter, der sg. socii gerentes. Aber auch für die letzteren ist der consensus nicht die Quelle ihrer Geschäftsführung; weder „verleiht" er ihnen die Fähigkeit, für Rechnung der Gemeinwirthschaft Geschäfte abzuschliessen, noch „erzeugt" er bei solchen Geschäften die Haft des Genossen, sondern er öffnet lediglich der nur noch bedingt zugelassenen Haft der Genossen die Thüre.

Das A. d. H.G.Buch erkennt noch an, dass jedes Mitglied einer Offenen Handelsgesellschaft eo ipso die Befugniss hat, für die Gesellschaft Rechtsgeschäfte zu schliessen,[20]) und nur, wenn besonders vereinbart wird, dass einem oder mehreren Gesellschaftern diese Befugniss entzogen sein solle, oder was dasselbe bedeutet, dass nur die und die Gesellschafter für die Gesellschaft Geschäfte abschliessen dürfen, (Verweigerung und Verzicht des Konsenses), gehen die von solchen Gesellschaftern für die Gesellschaft geschlossenen Rechtsgeschäfte doch nicht für die Gemeinwirthschaft und haben nicht die Wirkung der Haft aller Gesellschafter.[21])

V. Es bleibt jetzt noch die bereits bei der consortialen Handelsgesellschaft aufgeworfene Frage zu beantworten, **in welchem Rechtsgewande die wirthschaftliche Vereinigung von Arbeit und Kapital bei der reinen gegenseitigen Handelsgesellschaft auftrete**, oder anders, welches das Grundverhältniss der gegenseitigen Handelsgesellschaft sei.

Nach der allgemeinen Meinung stehen die von den einzelnen Gesellschaftern voll eingeworfenen Sachen im Miteigenthum aller Gesellschafter, die nur quoad

---

[20]) A. d. H.G.B. Art. 86 II, 4.

[21]) Näheres s. unten in der Lehre von der Offenen Handelsgesellschaft.

usum eingeworfenen Sachen dagegen im Alleineigenthum des Inferenten u. s. w.[22]) Einige fügen hinzu, die Gesellschafter haben nicht Miteigenthum an den einzelnen Stücken, sondern nur an dem Gesammtkomplex des Gesellschaftsvermögens als einer universitas juris.[23]) Die letztere Ansicht wird namentlich aufgestellt, um Art. 131 des A. d. H.G.B. zu erklären, nach welchem „ein ausgeschiedener oder ausgeschlossener Gesellschafter sich die Auslieferung seines Antheils am Gesellschaftsvermögen in einer den Werth desselben darstellenden Geldsumme gefallen lassen muss, und kein Recht auf einen verhältnissmässigen Antheil an den einzelnen Forderungen, Waaren oder andern Vermögensstücken der Gesellschaft hat."

Wer der Offenen Handelsgesellschaft **juristische Persönlichkeit** zuerkennt, muss an die Stelle des Miteigenthums der Gesellschafter selbstverständlich Alleineigenthum der Gesellschaft als juristischer Person setzen.[24]) Ob die Offene Handelsgesellschaft wirklich eine juristische Person ist, oder nicht, diese Kontroverse harrt noch ihrer Lösung; die Mehrzahl der Autoren und Gerichte verwirft die juristische Persönlichkeit, meines Erachtens mit vollem Recht. Die Gründe, welche deren Vertheidiger vorbringen, fast ausschliesslich dem Rechtsverhältniss der Gesellschafter zu dritten Personen entnommen, erweisen sich als nicht stichhaltig. Daraus, dass die Offene Handelsgesellschaft eine Firma hat, und unter dieser Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigenthum und andere dingliche Rechte erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden kann, darf schon deshalb nicht auf juristische Persönlichkeit zurückgeschlossen werden, weil die Firma der Offenen Handelsgesellschaft lediglich eine Rechnungsbezeichnung ist. Ebenso findet auch die Haft neu eintretender Gesellschafter für ältere Gesellschaftsschulden eine andere Erklärung, desgleichen die Unzulässigkeit der Kompensation zwischen Gesellschafts- und Privatforderungen, und auch der selbstständige Gesellschaftskonkurs. (Vgl. bes. § 91 u. 92.)

Die Weigerung, die Offene Handelsgesellschaft als juristische Person, und diese als Alleineigenthümerin des Gesellschaftsvermögens anzuerkennen, zwingt aber noch **nicht Miteigenthum u. s. w. der einzelnen Gesellschafter** anzunehmen. Wenn zwei oder mehrere Personen eine Offene Handelsgesellschaft errichten, so wollen sie in einer von jedes einzelnen Gesellschafters getrennten dritten Wirthschaft gewerbemässig für gemeinschaftliche Rechnung Handelsgeschäfte betreiben. Natürlich müssen sie für diese Wirthschaft die erforder-

---

[22]) Endemann, Handelsrecht § 42 II. Thöl, Handelsrecht § 90.

[23]) Endemann a. a. O. Römer, Abhandlungen aus dem Römischen Recht und dem Handels- und Wechselrecht I, S. 150 ff.

[24]) Vgl. Anschütz a. a. O. Bd. II, Einleitung §§ 2—5; H. v. Sicherer, Die Genossenschaftsgesetzgebung in Deutschland (Erlangen 1872) Einleitung § 4, Nr. 1—6; Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht Bd. I. Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft (Berlin 1868) S. 981 ff. v. Hahn, Commentar II, S. 387 f. und die von diesen Schriftstellern daselbst Zitirten. Römer a. a. O. — F. v. Dahn, Handelsrechtliche Vorträge (Leipzig 1875) S. 76 und ihm folgend Gareis a. a. O. § 29 sprechen von „relativer juristischer Person", weil „die Handelsgesellschaft nur nach Einer Richtung, nur nach Aussen, nicht auch nach Innen juristische Person sei."

lichen Mittel an Arbeit und Kapital stellen. Für die Gemeinwirthschaft werden besondere Rechnungsbücher geführt; Karakter und Formen der kaufmännischen Buchführung bringen es mit sich, dass die Gemeinwirthschaft in den Büchern so behandelt wird, als wäre sie eine selbständige dritte Person.[25]) — Diese wirthschaftliche und rechnungsmässige Sonderung und Personifikation geht so weit, dass die Gesellschafter sich selbst als blosse Kontrahenten des Geschäfts, als dessen Gläubiger und Schuldner behandeln; wenn z. B. einer der Gesellschafter laut Gesellschaftsvertrag für den Betrieb der Gemeinwirthschaft Lokalitäten eines in seinem Alleineigenthum stehenden Hauses hergeben muss, so erblickt der Kaufmann hierin nicht eine Einlage des Hauses quoad usum, sondern er legt sich das Verhältniss als Miethe zurecht, und bucht auch demgemäss.

Die Jurisprudenz braucht, ja darf eine derartige Auffassung nicht adoptiren, denn, da der Kaufmann dies nicht blos bei der Offenen Handelsgesellschaft, sondern auch in dem Geschäft des Einzelkaufmannes und bei den einzelnen Konti thut, würde sie dahin gedrängt werden, auch hier überall juristische Persönlichkeit anzunehmen; der Kaufmann selbst wäre physische Person, sein Geschäft eine zweite, juristische Person, in diesem das Waarenkonto eine dritte, das Wechselkonto eine vierte und so fort.

Der Kaufmann will, ausser wo er dritte Personen als Gläubiger oder Schuldner bucht, nur den ökonomischen Verhältnissen und Verschiebungen der betreffenden Handelswirthschaft in möglichst genauen pekuniären Werthansätzen rechnungsmässig Ausdruck geben, um am Schluss einer Wirthschaftsperiode, oder auch inzwischen durch Abschluss der Bücher das Resultat, ob und wie viel Gewinn oder Verlust im Ganzen und bei den einzelnen Konti vorhanden ist, zu erfahren. Die juristische Sachlage berücksichtigt der Kaufmann hierbei nicht.

Die kaufmännische Vorstellung, Auffassung und Sprache deckt sich nicht mit der juristischen. Diese Incongruenz ist nicht immer genügend beachtet worden, namentlich nicht von dem Gesetzgeber, auch vom A. d. H.G.B. nicht; folgedessen konnte es nicht ausbleiben, dass die Verwendung kaufmännischer Ausdrücke als juristischer zu Unebenheiten, ja geradezu zu Unrichtigkeiten führen musste.

Ob das Geschäftsvermögen einer Offenen Handelsgesellschaft im Miteigenthum der Gesellschafter steht, beantwortet sich am leichtesten, wenn man die Frage zunächst auf die baaren Kapitaleinlagen, auf das Grundkapital beschränkt.

Vielfach behandeln Juristen das Geschäft des Einzelkaufmanns nach Analogie des Gesellschaftsgeschäfts,[26]) richtiger schlägt man, wie es der Kaufmann thut, den umgekehrten Weg ein. Wenn ein Einzelkaufmann ein Geschäft errichtet, legt er zunächst das erforderliche Kapital in dasselbe, d. h. er sondert ein bestimmtes Kapital aus seiner Privatwirthschaft aus und verwendet es in der Handelswirthschaft; in den Büchern figurirt dasselbe als Einnahme des

---

[25]) Bekanntlich ist dies keine Eigenthümlichkeit der Offenen Handelsgesellschaft, sondern ebenso werden die einzelnen Konti personifizirt.

[26]) S. oben § 42.

Kassakonto, des Geschäfts, mithin als eine Schuld des Kassakonto oder Geschäfts an den Geschäftsinhaber. Juristisch kann selbstverständlich weder von einem Eigenthumsrecht des Kassakonto oder Geschäfts an dem eingelegten Kapital, noch von einem Schuldverhältniss derselben an den Geschäftsinhaber die Rede sein. Es hat wohl eine Kapitalübertragung aus der einen Wirthschaft in die andere Wirthschaft derselben Person, eine Kapitalverschiebung, eine Kapitalzuweisung stattgefunden, aber diese trägt doch nur einen wirthschaftlichen, keinen juristischen Karakter.

Fast ebenso verhält sich die Sache bei der gegenseitigen Handelsgesellschaft. Die einzelnen Gesellschafter sondern Kapital aus ihrem Privatvermögen aus und überweisen es an die Gemeinwirthschaft, damit in dieser von den geschäftsführenden Gesellschaftern für gemeinsame Rechnung gewerbemässig Handelsgeschäfte betrieben werden. Nur ein, durch Angabe des Zwecks überdies beschränktes, Dispositionsrecht über seine Einlage räumt der Inferent seinen Mitgesellschaftern ein, nicht aber bestellt er den einzelnen Gesellschaften ein eigenes Recht unmittelbar an den Illaten, nenne man es nun Miteigenthum oder wie sonst. „Aehnlich“ wie der Kommittent dem Kommissionär, der Prinzipal dem Handlungsbevollmächtigten, so gewährt auch der Gesellschafter den Genossen nur ein Dispositionsrecht an seiner Einlage. Natürlich darf die wirkliche Disposition nicht tiefer eingreifen als der Gesellschaftsvertrag bestimmt, oder der Inferent nachher gestattet.

Der Inferent bleibt trotz der Dispositionseinräumung Eigenthümer der eingeworfenen Sache, Gläubiger der inferirten Forderung u. s. w., kurz Herr der Einlage. So sehr dieser Satz zu betonen ist, soll gleichwohl nicht geleugnet werden, dass im Gefolge der Illation Rechtswirkungen eintreten können, welche dem Inferenten das Eigenthumsrecht nehmen, oder geeigneten Falles ein Miteigenthum aller Inferenten, nicht aller Gesellschafter als solcher, erzeugen; z. B. wenn mehrere Gesellschafter eine Quantität Geld oder gleichartiger vertretbarer Sachen einwerfen, so verlieren sie event. alle durch Vermischung ihr Einzeleigenthum und erhalten statt dessen ein proportionales Miteigenthum. Der Gesellschaftsvertrag und die Illation erzeugen die communio hier offenbar nicht, sondern veranlassen sie nur.

Geld und andere verbrauchbare bez. vertretbare Sachen werden in dubio stets als solche d. h. als verbrauchbare bez. vertretbare eingeworfen, mithin räumt der Inferent den Genossen die Disposition ein, sie verbrauchen bez. veräussern zu dürfen. Die gleiche Befugniss gibt er auch dann, wenn er eine Sache, die ihrer Natur nach diesen Karakter nicht besitzt, als verbrauchbare bez. vertretbare einzuwerfen erklärt. Mit dem Augenblick des Verbrauchs bez. der Veräusserung verliert der Inferent sein bis dahin trotz Illation fortdauerndes Eigenthumsrecht.

Demgemäss ist der dritte Erwerber in Wirklichkeit Successor event. nicht der Gesellschaft als juristischer Person, oder der Gesellschafter als Miteigenthümer, sondern des Inferenten. Bei Mobilien tritt dies allerdings weniger zu Tage, als bei Immobilien, aber der juristische Sachverhalt ist in beiden Fällen derselbe.

Findet sich die eingeworfene verbrauchbare bez. vertretbare Sache noch in der sg. Gesellschaftskasse, und vindizirt sie ein Dritter als sein Eigenthum, so genügt es, wenn er sich an den oder die geschäftsführenden Gesellschafter wendet, denn sie haben die volle Disposition über das Klagobjekt, wie auch dessen gerichtliche Vertretung. Ist die Sache bereits an einen andern Dritten weiter veräussert, so wird es zu einem Regress desselben auf Grund erlittener Eviktion heute nur selten kommen, da zu Folge der Art. 306—308 des A. d. H.G.B. der redliche Erwerber Eigenthümer wird. Kommt es doch zu einer Regressklage, so muss diese sich gegen die geschäftsführenden Gesellschafter als die Veräusserer wenden. Das Weitere würde dann unter den Gesellschaftern selbst abspielen. In beiden Fällen könnte der evinzirte Dritte sich auf Grund der gegenseitigen Haft der Gesellschafter auch an den Inferenten oder irgend einen andern der Gesellschafter halten. Daher kommt es nach aussen hin gar nicht zum Austrage, ob der Inferent das Eigenthum der Einlage behält, oder die Gesellschaft es erhält, die Gesellschafter Miteigenthum empfangen.

Bei Immobilien hebt sich alles weit schärfer ab, zwar nicht nach gemeinem Recht, aber nach einigen Partikularrechten, und hier nur wegen der eigenthümlichen Formen der Eigenthumsübertragung. Wenn ein Gesellschafter z. B. im Gebiete des preussischen Rechts ein Haus, wie es heisst, zu Eigenthum einwirft, nach der obigen Auffassung, bezüglich des Hauses ein bis zur Veräusserung reichendes Dispositionsrecht zu Gunsten der Gemeinwirthschaft einräumt, so genügt es vorläufig, das Haus den geschäftsführenden Gesellschaftern zu übergeben, so dass sie es für die Gemeinwirthschaft nutzen können. Wollen die geschäftsführenden Gesellschafter das Haus verkaufen, so haben sie vollständig das Recht, mit dem dritten Erwerber den Kaufvertrag abzuschliessen und ihm das Haus zu tradiren, die Auflassung aber können sie nicht vornehmen. Denn da nach dem Eigenthumserwerbsgesetz vom 5. Mai 1872 § 1 Eigenthum an Grundstücken im Falle freiwilliger Veräusserung nur durch die auf Grund einer Auflassung erfolgte Eintragung im Grundbuch erworben wird, nach § 2 desselben Gesetzes die Auflassung eine von dem eingetragenen Eigenthümer selbst oder von dessen Bevollmächtigten abgegebene Erklärung des Inhalts voraussetzt, dass er die Eintragung des neuen Erwerbers bewillige, diese Bevollmächtigung aber eine gerichtlich oder notariell aufgenommene oder beglaubigte Spezialvollmacht sein muss,[27]) endlich der geschäftsführende Gesellschafter kraft des blossen Gesellschaftsverhältnisses gar nicht im Namen des inferirenden Gesellschafters, nicht als dessen Stellvertreter handelt, so können die geschäftsführenden Gesellschafter die zum Eigenthumsübergang noch nothwendige Auflassung nur dann vornehmen, also den von ihnen geschlossenen Veräusserungsvertrag nur dann durchführen, wenn der inferirende Gesellschafter seine Dispositionseinräumung, sei diese im Gesellschaftsvertrage oder besonders gegeben, speziell auf das Grundstück gerichtet und in Form einer jenen Vorschriften

[27]) Preussische Grundbuchordnung vom 5. Mai 1872 § 36 u. 37; preuss. A.L.R. I. 13, § 106 u. 115.

entsprechenden Vollmacht ertheilt hat. Wäre dies verabsäumt worden, und weigerte sich der Inferent jetzt, die Vollmachtsurkunde noch auszustellen, oder selber die Auflassung vorzunehmen, so könnten seine Genossen ihn mit der actio pro socio auf Vornahme dieser Akte verklagen. Der eingetragene Erwerber ist auch hier unmittelbarer Rechtsnachfolger des Inferenten.

Alle solche Schwierigkeiten werden vermieden, wenn der Inferent das Haus auf den Rechnungsnamen der Gesellschaft umschreiben lässt. De jure materiali bleibt der Inferent Eigenthümer des Hauses, doch können diejenigen Gesellschafter, welche jeweilig über die eingeworfenen Sachen für Rechnung der Gemeinwirthschaft disponiren dürfen, nun ohne Weiterung die Auflassung vornehmen; es ist nur der Nachweis nothwendig, dass sie Mitglieder dieser Gesellschaft, und von der Geschäftsführung nicht ausgeschlossen sind. Diesen Nachweis liefert das Handelsregister. — Die Eintragung im Grundbuch auf die Gesellschaftsfirma fordert durchaus nicht den Rückschluss der juristischen Persönlichkeit der Gesellschaft, oder des Miteigenthums der Gesellschafter, sie ist ebenso eine Formalität, wie wenn der Eigenthümer eines Grundstücks eine darauf lastende Hypothek auf seinen eigenen Namen umschreiben, oder wie wenn er auf seinen eigenen Namen Grundschulden eintragen und sich Grundschuldbriefe ausfertigen lässt.

Nöthig ist ein derartiges Verfahren nicht, aber es hebt durch rein formelle Verwerthung der Formen die durch letztere dem Geschäftsgange für manche Fälle bereiteten Schwierigkeiten wieder auf, oder steigert die Funktionen eben jener Formen. Es würde vollständig genügen, wenn das Grundbuchfolium des betreffenden Grundstücks in seiner ersten Abtheilung den Eigenthümer, den Inferenten angäbe, und in der zweiten Abtheilung einen Vermerk enthielte, nach welchem über dieses Grundstück nur für Rechnung der Handelsgesellschaft, z. B. A. & Comp., disponirt werden darf. Obwohl überflüssig, könnte noch hinzugefügt werden, dass die Dispositionsbefugniss den jeweiligen geschäftsführenden Mitgliedern, welche aus dem Handelsregister zu ersehen seien, zustünde. Dadurch würde der materielle Sachverhalt auch angemessenen formalen Ausdruck gewinnen. Der Inferent ist und erscheint als Eigenthümer des Grundstücks, aber die Disposition über dasselbe steht ihm und auch andern Personen zu, jedoch stets nur als geschäftsführenden Mitgliedern der unter dem Rechnungsnamen A. & Comp. handelnden Gesellschaft.

Diesen Ausführungen hält man vielleicht entgegen, dass Art. 91 des A. d. H.G.B. dort, wo nicht Eigenthum eines Gesellschafters besteht (Einlage quoad usum) ausdrücklich von Eigenthum der Gesellschaft spricht, was doch nur Alleineigenthum der Gesellschaft als juristischer Person, oder Miteigenthum aller Gesellschafter bedeuten könne. Darüber, welche von beiden Eventualitäten gemeint ist, Aufklärung zu geben, hat der Gesetzgeber absichtlich vermieden.

Aber nachweislich ging Art. 91 aus § 96 des preussischen Entwurfes hervor; [28])

[28]) Entwurf eines Handelsgesetzbuches für die preussischen Staaten. Nebst Motiven. (Berlin 1857) Art. 96 u. Motive zu diesem (II. Thl. S. 53 f.).

Art. 96 beruft sich auf Art. 1851 des Code civil und die §§ 201 ff. Tit. 17, Thl. I, preuss. A. L.R. Letztere in Verbindung mit §§ 198—200 a. a. O. verstehen unter dem „gemeinschaftlichen Eigenthum der Gesellschaft" ein „Miteigenthum der Gesellschafter", Art. 1851 dagegen spricht weder von Eigenthum der Gesellschaft als juristischer Person, noch von Miteigenthum der Gesellschafter, sondern nur davon, wer die Gefahr der von einem Gesellschafter eingeworfenen Sachen trage. Und das ist m. E. auch genügend, das preuss. A. L.R. und das A. d. H.G.B. schiessen über das Ziel hinaus, vermischen Eigenthumsrecht und Tragen der Gefahr. Hier liegt ein ähnlicher Irrthum vor, wie bei den Lehren vom Kauf, und von den bäuerlichen Besitzrechten bezüglich der auf dem Gut stehenden Gebäude.

Nach Art. 1851 geht bei Sachen, über welche ein Gesellschafter ein auf Nutzung für Rechnung der Gemeinwirthschaft beschränktes Dispositionsrecht eingeräumt hat, die Gefahr gleichfalls auf Rechnung der Gemeinwirthschaft oder Gesellschaft, falls die so inferirten Sachen „verbrauchbare", oder „zur Veräusserung im Gewerbebetrieb" bestimmt, oder nach einer in das Inventar aufgenommenen Schätzung eingeworfen sind. Aus den Einleitungsworten des Absatzes I: Si les choses dont la jouissance seulement a été mise dans la société, und des Absatzes II: Si „ces" choses, endlich aus den Schlussworten des Absatzes I, bez. Absatzes II: elles sont aux risques de l'associé „proprietaire" bez. elles sont aux risques de la société erhellt zweiffellos, dass das französische Recht bei Einlage von verbrauchbaren Sachen allein dem Inferenten das Eigenthum zuschreibt. Der Gesetzgeber des code civil hält es für möglich, dass an verbrauchbaren Sachen ein Nutzungsrecht ohne Uebergang des Eigenthumsrechts bestellt werden kann. Der preussische Entwurf verwirft ganz mit Recht diese Ansicht,[29]) gleichwohl ist es unrichtig, lediglich deshalb der Gesellschaft Eigenthum zuzuschreiben, denn wir haben es hier nicht mit einem gewöhnlichen Nutzungsrecht zu thun, sondern mit einer Dispositionsbefugniss für die Gesellschaft. M. E. behält der Inferent auch bei verbrauchbaren Sachen trotz der Illation Eigenthum, nur geht die Gefahr derselben, weil über sie für Rechnung der Gemeinwirthschaft disponirt werden darf und soll ganz konsequent und billig ebenfalls für Rechnung der Gemeinwirthschaft, erst durch den Gebrauch verliert er sein Eigenthumsrecht.

So steht es mit den Kapitaleinlagen, wie aber bezüglich dessen, was im Laufe des Geschäftsbetriebes an deren Stelle oder ganz neu in die Wirthschaft tritt?

Nach dem oben Gesagten schliesst der geschäftsführende socius contrahens die sg. Gesellschaftsgeschäfte, die Geschäfte der Gemeinwirthschaft für seine eigene Person aber auf aller Gesellschafter, auf der Gemeinwirthschaft Rechnung; er allein ist aus diesen Rechtsgeschäften direkt berechtigt und verpflichtet, nicht auch seine Mitgesellschafter. Jedoch haften letztere kraft des ursprünglich rein personenrechtlichen Verhältnisses, in welchem alle Gesellschafter zu einander stehen, für alle handelsrechtlichen Verpflichtungen, welche ersterer im Dienste der Gemeinwirthschaft auf sich nimmt.

---

[29]) Motive zu Art. 96.

Wie der kontrahirende Gesellschafter der einzige Vertragsschuldner ist, und doch alle seine Mitgesellschafter ebenfalls haften, so ist er auch der einzige Vertragsgläubiger, und doch können noch andere Personen ausser ihm, nemlich jeder seiner geschäftsführenden Mitgesellschafter das Gläubigerrecht geltend machen. Dem kontrahirenden Gesellschafter gegenüber haben letztere dieses Recht deshalb, weil er die Forderung auf Rechnung der Gemeinwirthschaft erwarb, und sie über alles was zur Gemeinwirthschaft gehört, die volle Disposition haben; den Schuldnern geschieht deshalb kein Unrecht, weil sie bei Eingehung des Vertrages erfahren, dass das Geschäft für Rechnung der Gemeinwirthschaft geschlossen wird, und wissen müssen, dass jedes geschäftsführende Mitglied der Gesellschaft die Gläubigerrechte ausüben darf.

Ganz analog verhält es sich bezüglich der Sachen, bezüglich des Eigenthumsrechtes und anderer dinglicher Rechte z. B. des Pfandrechts. Die durch den kontrahirenden Gesellschafter von dritten Personen für Rechnung der Gemeinwirthschaft erworbenen Sachen gehen zunächst in sein Eigenthum über, aber er muss sie sofort inferiren, und jeder der übrigen geschäftsführenden Gesellschafter hat dann das volle Dispositionsrecht über sie. Grundstücke darf bez. muss er von dem Namen des Veräusserers direkt auf den Rechnungsnamen der Gesellschaft umschreiben lassen. Hat er das Abliefern, das Einwerfen unterlassen, die Eintragung in die Gesellschaftsbücher nicht vorgenommen, so können seine Mitgesellschafter nicht etwa eine Vindikationsklage gegen ihn anstellen, sondern nur die persönliche Actio pro socio auf Herausgabe, auf Einwerfung, auf Eintragung.

Ein Miteigenthum, eine Theilung der Forderungen, eine communio, kurz eine sachliche Rechtsgemeinschaft im gewöhnlichen Sinne liegt also auch hier nicht vor.

Nach solcher Auffassung **kann der einzelne Gesellschafter** lediglich auf Grund des Gesellschaftsverhältnisses selbstverständlich **weder an den einzelnen Stücken, noch an der Gesammtheit des sg. Gesellschaftsvermögens einen ideellen Antheil haben.** Wir sind daher wie der Frage, so auch der Antwort überhoben, welche Quote der einzelne Gesellschafter an dem einzelnen Stück bez. an der Gesammtheit habe, desgleichen ob alle Gesellschafter, oder nur die Inferenten von Kapital Miteigenthümer seien, ferner ob zu Folge des vermeintlichen Miteigenthums bei der Liquidation auch diejenigen Gesellschafter, welche nur Arbeit einwarfen, einen bez. welchen Theil des Grundkapitals erhalten.

Auch erklärt sich, weshalb der Inferent regelmässig nicht die eingeworfene Sache selbst, sondern nur deren Werth bei der Liquidation bez. bei seinem Ausscheiden zurückerhält; die Genossen haben ja über sie — selbst bei unvertretbaren Sachen meistens — das bis zur Veräusserung gehende Dispositionsrecht, die Gefahr und alle Lasten laufen auf Rechnung der Gemeinwirthschaft, natürlich auch die Steigerung oder Minderung im Werthe. Offenbar würden in den weitaus meisten Fällen entweder der Inferent oder die übrigen Gesellschafter geschädigt werden, wenn bei der Liquidation oder dem Ausscheiden des Inferenten diesem die inferirte Sache einfach zurückgegeben würde; bei

einer Werthsteigerung bekämen jene zu wenig, dieser zu viel, bei einer Werthminderung umgekehrt. Die Bestimmungen des Gesetzes: 1) „wenn unverbrauchbare oder unvertretbare Sachen nach einer Schätzung, die nicht blos zum Zweck der Gewinnvertheilung geschieht, in die Gesellschaft eingebracht werden, so werden diese Eigenthum der Gesellschaft.“ [30]) 2) „Solche Sachen fallen bei der Auseinandersetzung nicht an Inferenten zurück, sondern er erhält den Werth aus dem Gesellschaftsvermögen erstattet, für welchen sie gemäss der Uebereinkunft übernommen wurden. Fehlt es an dieser Werthbestimmung, so geschieht die Erstattung nach dem Werthe, welchen die Sachen zur Zeit der Einbringung hatten.“ sagen weiter nichts als: Ueber Sachen, die nach Abschätzung, welche offenbar nicht blos zum Zweck des Massstabes bei der Gewinnvertheilung vorgenommen ist, eingeworfen sind, haben die geschäftsführenden Gesellschafter volle Disposition für die Gemeinwirthschaft; gleichzeitig stehen sie bezüglich Verlust, Verschlechterung, Werthminderung, Besserung, Werthsteigerung auf Risiko der Gemeinwirthschaft; bei der Liquidation werden sie, wie streng genommen auch bei jeder Inventur und Bilanz, zum augenblicklichen vollen Werth angesetzt, dem Inferenten aber der Anfangswerth in Rechnung gestellt. Etwas anderes kann weder der Inferent oder die übrigen Gesellschafter verlangen, noch müssen sie es sich gefallen lassen. Gleichwohl kehrt bei der Auseinandersetzung gar nicht selten die Einlage in natura zu dem Inferenten zurück; ein Eigenthumswechsel findet hier — eben wie bei der Illation — nicht statt, auch nicht eine Hingabe an Zahlungsstatt, sondern nur eine Wiederherausgabe der Sache unter neuer Bemessung des Werthes und Anrechnung desselben auf das buchmässige Guthaben des Inferenten an die Gemeinwirthschaft.

Können sich die Gesellschafter über den jetzigen Werth nicht einigen, oder will der Inferent die Sache überhaupt nicht, so veräussern die Gesellschafter kraft des ihnen zustehenden Dispositionsrechtes die Sache z. B. das Haus, und setzen statt des Werthes den erlösten Preis an.

Der Kapitaleinlage steht die Arbeitseinlage gegenüber. Jeder Gesellschafter muss, so weit nicht eine ausdrückliche oder stillschweigende Befreiung vorliegt, für die Gemeinwirthschaft mit seiner vollen kaufmännischen bez. industriellen Arbeitskraft eintreten. — Eine besondere Entschädigung für solche Dienste darf Niemand beanspruchen. Nur ausnahmsweise wird einem Gesellschafter eine feste Summe zugebilligt, sie erscheint dann in den Büchern als eine Schuld an den betreffenden Gesellschafter.

Fragen wir jetzt nach der juristischen Struktur der Offenen Handelsgesellschaft, so dürfen wir das Resultat dahin ziehen: Die kaufmännische Auffassung personifizirt zwar wie das Geschäft des Einzelkaufmanns so auch die Gemeinwirthschaft, die Gesellschaft, aber eine juristische Person liegt nicht vor; die Offene Handelsgesellschaft ist auch kein Miteigenthumsverhältniss; die Offene Handelsgesellschaft ist eine blose Wirthschafts- oder Dispositionsgemeinschaft, ähnlich wie eheliche Gütergemeinschaft.

---

[30]) A. d. H.G.B. Art. 91, dazu Art. 131 u. 143.

Die vermögensrechtliche Basis der Offenen Handelsgesellschaft ist sonach ein Güter- ein Dispositionsgemeinschaftsverhältniss. Diese heisst Gesellschaft, weil sie die (oben S. 317 genannten) Merkmale an sich trägt.

§ 79.

3. Korporationen als Handelsgesellschaften und die Gelegenheitsgesellschaft.

I. Auch Korporationen können die Basis von Handelsgesellschaften sein. Wenn sich eine gewillkürte Korporation zu dem Zweck bildet, um mit ihrem von den Mitgliedern zusammengeworfenen Kapital zu eben deren Vortheil Handelsgeschäfte zu betreiben, so heisst sie eine Handelskorporation, Handelskompagnie, Handelsgesellschaft.

Die Korporation als juristische Person handelt in eigener Person, in eigenem Namen (auch Firma genannt, aber es ist keine Gesellschaftsfirma wie bei der Offenen Handelsgesellschaft, sondern eine Firma wie die des Einzelkaufmanns) und für eigene Rechnung, wenngleich der Gewinn verfassungsmässig an die Mitglieder vertheilt wird. Aus ihren Rechtsgeschäften mit Dritten ist daher die Korporation allein berechtigt und verpflichtet.

Hierher gehören:

1. **Die Aktiengesellschaft.** Sie ist eine Privathandelskorporation, deren jedes Mitglied zur einmaligen Zahlung einer oder mehrerer von ihm übernommenen Theilsummen (Aktien) des von vorneherein statutenmässig nach dem Gesammtbetrage und der Zahl und Höhe der Aktien genau bestimmten Grundkapitals verpflichtet ist.

2. **Die Genossenschaft.** Sie ist eine zum Betriebe eines gewerblichen Unternehmens gewillkürte Privatkorporation, in welcher jedes Mitglied 1) zu einmaligen oder periodischen Kapitalbeiträgen verpflichtet ist, bis sein Gesammtbeitrag die statutarische Höhe erreicht, 2) für die Verbindlichkeit der Korporation Dritten gegenüber voll haftet.

3. **Die Kommanditgesellschaft auf Aktien** kann man nur insofern hierher zählen, als sie eine Aktiengesellschaft in comanda ist, eine Aktiengesellschaft, welche als Kommanditistin mit einem oder mehreren Komplementaren einen Kommandavertrag, also diese einseitige Arbeitsgesellschaft geschlossen hat. De jure formali ist der Komplementar, nicht sie der Unternehmer.

II. **Die sg. Gelegenheitsgesellschaft.** Die Gelegenheitsgesellschaft unterscheidet sich nicht juristisch, sondern nur wirthschaftlich von den bisher besprochenen Formen der Handelsgesellschaften. Die Gelegenheitsgesellschaft kann jede der obigen Formen tragen, meistens pflegt sie die Gestalt der Offenen Gesellschaft zu haben.

II. Die Offene Handelsgesellschaft.

§ 80.

A. Einleitung.

Für die geschichtliche Entwickelung und den Begriff der Offenen Handelsgesellschaft sei auf die §§ 75 u. 78 verwiesen.

Eine Definition lässt sich etwa dahin aufstellen: Die Offene Handelsgesellschaft ist ein durch Vertrag begründetes Rechtsverhältniss mehrerer Personen des Inhalts, dass sie mit allseitigen Beiträgen von Kapital und, bez. oder Arbeit in einer formell wie materiell gesonderten Wirthschaft für gemeinsame Rechnung gewerbemässig Handelsgeschäfte betreiben. [1])

Zwar lassen sich noch andere Eigenthümlichkeiten finden z. B. die Solidarhaft, Firma u. s. w., doch dürfen diese nicht in die Definition aufgenommen werden, weil sie entweder der Offenen Handelsgesellschaft nur von aussen hinzugetragen sind z. B. die Solidarhaft, oder lediglich rechtliche Konsequenzen der in der Definition bereits enthaltenen Momente sind z. B. die Firma.

Mit dem Ausdruck „Offene Handelsgesellschaft" wird ausser dem eben angegebenen Rechtsverhältniss, in welchem die Gesellschafter zu einander stehen, auch die Summe der Gesellschafter, ja bisweilen sogar das Gesellschaftsgeschäft bezeichnet.

§ 81.

B. Errichtung der Offenen Handelsgesellschaft.

Wie der Begriff „Kaufmann" zweierlei voraussetzt, erstens eine Person, zweitens gewerbemässigen Handelsbetrieb, so auch die dem Kaufmann gleichgestellte Offene Handelsgesellschaft, nemlich erstens einen Vertrag mehrerer Personen, kraft dessen sie sich zur Errichtung, Ausstattung und Betrieb eines für gemeinsame Rechnung von ihnen zu betreibenden Handelsgeschäfts (Handelsgewerbes) verpflichten, sg. Gesellschaftsvertrag, zweitens Etablirung.

---

[1]) S. oben S. 314 u. 315 a. E. 317, 318, § 77 A. u. § 79.

Für den Gesellschaftsvertrag fordert das A. d. H.G.B. zwar keine Form,[1]) gleichwohl pflegt er seiner Wichtigkeit und weittragenden Folgen halber regelmässig schriftlich, häufig sogar notariell geschlossen zu werden.[2]) Selbst stillschweigender Vertrag genügt; ein solcher läge z. B. vor wenn die Erben eines Kaufmanns das ererbte Geschäft anfänglich zwar behufs Liquidation fortführen, allmählich aber zu neuen Spekulationen übergehen und darin fortfahren,[3]) oder wenn zwei Personen zuerst zu einem oder mehreren bestimmten Rechtsgeschäften sich verbinden, dann aber ihre Thätigkeit gewerbemässig ausdehnen.

Mit ihrem Inhalte weichen die Gesellschaftsverträge sehr von einander ab; in abstracto würde es genügen, wenn der Vertrag nur bestimmte, dass die Paziszenten ein Handelsgeschäft des und des Zweiges an dem und dem Orte errichten und betreiben zu wollen erklären,[4]) jedoch wird in Wirklichkeit kaum ein Vertrag sich hierauf beschränken, mindestens wird er noch Bestimmungen über Art und Höhe der Einlage, Gewinn- und Verlustantheile, Geschäftsführung, Firma und Dauer des Vertrages, sehr häufig aber noch andere mehr oder minder detaillirte Abmachungen enthalten.[5])

Ob resp. wann eine Offene Handelsgesellschaft als etablirt anzusehen ist, darüber s. oben S. 182 f.[6])

Entsprechend der Errichtung können auch etwaige Aenderungen z. B. Erweiterung des Geschäftsbetriebes, Erhöhung der Einlage, Zutritt neuer Gesellschafter nur mit aller Gesellschafter Zustimmung, durch Vertrag, erfolgen.

§ 82.

C. Firma und Eintragung der Offenen Handelsgesellschaft in das Handelsregister.

Wie jede Person, welche für sich allein gewerbemässig Handelsgeschäfte treibt, in das Handelsregister eingetragen werden soll, so auch diejenigen Personen, welche dies in Offener Gesellschaft stehend thun. Es ist hier nicht der Ort, die Geschichte der Handelsregister darzustellen, doch sei die Bemerkung gestattet, dass den Ursprung unserer heutigen Handelsregister die Matrikeln und

---

[1]) A. d. H.G.B. Art. 85.

[2]) Eine Urkunde erweist sich sogar als nothwendig, wenn die Gesellschafter überhaupt nicht oder nicht alle die durch das H.G.B. Art 88 I vorgeschriebene Anmeldung persönlich vor dem Handelsgericht zu Protokoll erklären und unterzeichnen wollen, denn alsdann müssen sie die Anmeldung, welche ja die wesentlichsten Momente des Gesellschaftsvertrages enthält (vgl. Art. 86 und unten S. 347 f.) in beglaubigter Form einreichen.

[3]) Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts (offizielle Sammlung) — fortan zitirt R.O.H.G. — Bd. XI, S. 102 f.

[4]) Vgl. R.O.H.G. VII, 272 f.

[5]) Ein, freilich nicht grade mustergiltiges Beispiel bietet: Benno Hilse, Formulare für Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit (2. Aufl. Berlin 1876, inzwischen bereits in 3. Aufl. erschienen) S. 364—369.

[6]) Vgl. auch Endemann a. a. O. § 36 III und Behrend a. a. O. § 24 zu N. 9.

Personenverzeichnisse der kaufmännischen Gilden oder Zünfte bilden.[1] Die Matrikeln sollten regelmässig in jährlich zu bestimmtem Termin erneuter Aufstellung ein genaues Verzeichniss aller selbständigen Mitglieder der Zunft geben. Mit der Aufnahme in die Zunft unterwarf die betreffende Person sich deren Jurisdiktion, und später z. B. in Florenz, Lucca, Siena, Bologna u. s. w. auch der Jurisdiktion der über den einzelnen Zünften stehenden Mercanzia, kurz der Jurisdiktion der Handelsgerichte.[2] Mit dem Ausscheiden aus der Zunft, und dem Ausstreichen in der Matrikel, bez. der Nichtaufnahme in die neue Matrikel fiel auch deren Jurisdiktion. — Die Matrikeln boten daher von diesem Gesichtspunkte aus ein vollständiges Verzeichniss der der kaufmännischen oder handelsrechtlichen Jurisdiktion unterworfenen Personen. — Selbstverständlich nennen diese Matrikeln oder Personenverzeichnisse die Namen der Eingetragenen, nur selten geben sie neben andern, hier nicht interessirenden Notizen auch die, unsere heutige Firma zum Theil vertretende, Handelsmarke an, z. B. in Lucca.

Neben diese Mitgliederverzeichnisse traten schon sehr früh die ersten Anfänge eines Gesellschaftsregisters. Die Statuten verpflichteten jedes selbständige Zunftmitglied, an jährlich wiederkehrendem Termine vor dem Konsul zu erscheinen, um anzugeben, ob es allein oder in Gesellschaft mit andern Personen Handel treibt, und wer diese sind.[3] Dies deshalb, weil die Zünfte (wie auch die Mercanzia), die es ja als eine ihrer Hauptaufgaben ansahen, Ansprüchen Dritter gegen einen Zunftgenossen möglichst scharfe Rechtshilfe zu gewähren,[4] wegen der gegenseitigen Haft der Consorten bez. der gegenseitigen Gesellschafter[5] auch über die Consorten und Gesellschafter ihrer Mitglieder Jurisdiktion beanspruchten, gewannen und behaupteten.[6] Die Gesellschafter des Zunftmitgliedes waren entweder ebenfalls Mitglieder einer Zunft oder extranei. Letzteren Falles betheiligen sie sich nur mit einer Kapitaleinlage an dem Geschäft, denn wären sie selber thätig, so müssten, bez. würden sie in die Zunft eintreten. Das auch Arbeit einwerfende, geschäftsführende Zunftmitglied bildet der Zunft gegenüber das Haupt der Gesellschaft, das caput societatis; dieses caput societatis allein ist, weil Mitglied der Zunft, Kaufmann, seine Gesellschafter sind lediglich qua Mitglieder einer Handelsgesellschaft nicht auch Mitglieder der Zunft, nicht Kaufleute, wenngleich sie unter der Jurisdiktion der Zunft des caput societatis, bez. der Mercanzia, kurz des Handelsgerichts stehen.[7] Ist der Gesellschafter eines Zunftmitgliedes Genosse derselben Zunft, so pflegt gleichwohl nur Einer von ihnen caput societatis zu sein, doch können sie auch, wie es namentlich bei der Florentiner Wechslerzunft sehr häufig der Fall war, beide caput societatis sein.

[1] Soweit hier historische Notizen folgen, beziehen sie sich vorzugsweise auf Verhältnisse der italienischen Städte, besonders auf Florenz, Lucca, Siena, Bologna u. s. w.

[2] Vgl. Lastig, Entwickelungswege und Quellen des H.R. S. 252, 254, 258 f. u. 265–347.

[3] Vgl. Lastig, Z. f. H.R. XXIV, S. 400 f. und Entwickelungswege S. 254 f.

[4] Lastig a. a. O. S. 251 f. u. 271 f.

[5] S. oben S. 329 ff.

[6] Lastig a. a. O., S. 260, 280, 283, 334, 338.

[7] S. Lastig a. a. O., S. 253 zu Note 6, 254, 235.

Nach dem vorhin Bemerkten konnte die Zunft Anmeldung der Gesellschafter (oder nach heutigem Sinne der Gesellschaft) selbstverständlich nur von ihren Mitgliedern verlangen, und von diesen forderte sie es auch nur dann, wenn sie caput societatis sind; die von diesen als ihre Gesellschafter genannten Personen lud sie nur behufs Verifikation der empfangenen Angaben vor. Das caput societatis hatte die Geschäftsführung und Vertretung; die Geschäfte schloss es im eigenen Namen, unter eigener Unterschrift, aber für seine und seiner Gesellschafter Rechnung, „pro se et suis sociis" ab. Der Name des caput societatis mit dem Zusatz „et socii" dient daher ganz naturgemäss zur Bezeichnung der Gemeinwirthschaft oder Gesellschaft. Neben dem so gestalteten Rechnungsnamen [8]) der Gesellschaft, z. B. „Tommaso Neri et socii" kommen auch andere Formen, jedoch stets desselben Sinnes vor, z. B. „Auerardo de Medici e compagnia", oder „Societas Bardorum." [9]) Diese Bezeichnung, die wir heute Gesellschaftsfirma nennen, ist, um es nochmals hervorzuheben, lediglich ein Rechnungsname, daher auch niemals das heute beobachtete Prinzip sich findet, dass die ragione sociale die Namen „aller" Gesellschafter enthalten soll.

So war es ursprünglich. Das heutige Handelsregister dient nicht mehr Zunft- und Jurisdiktionszwecken, es verfolgt lediglich justizpolizeiliche Zwecke; [10]) speziell das Firmenregister beabsichtigt einmal, dem Publikum sichere Auskunft zu geben, nicht darüber wer Kaufmann ist und der handelsrechtlichen Jurisdiktion unterliegt, sondern nur noch, welche Firma ein Kaufmann führt, ferner den mit einer Firma eingetragenen Kaufmann in dem Alleinbesitz dieser Firma zu schützen; und das Gesellschaftsregister will bezüglich der Offenen Handelsgesellschaft nicht mehr dem Handelsgericht die Jurisdiktion über die Gesellschafter der Mitglieder einer Zunft sichern, sondern dem Publikum kund geben, welche Personen zu einer Offenen Handelsgesellschaft zusammengetreten sind und hinter der Gesellschaftsfirma stecken, ferner wer unter ihnen von der Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossen ist, endlich ob die Vertretung entgegen der Regel eine kollektive ist u. s. w., damit das Publikum weiss, mit welchem Gesellschafter es giltig für die Gesellschaft kontrahiren, an welche Personen es sich für seine Forderungen halten kann, niemand durch Verheimlichung seines Gesellschaftsverhältnisses sich nachträglich der Haftung entzieht.

Diese Auffassung macht sich auch im Firmenwesen geltend, veranlasst das Handelsgesetzbuch zu folgender Normirung:

1. Jede bestehende Offene Handelsgesellschaft soll in das Handels- speziell Gesellschaftsregister der Handelsgerichte eingetragen werden, in deren Bezirk sie ihren Sitz oder eine Zweigniederlassung hat. [11])

---

[8]) S. oben S. 331 f.

[9]) Vgl. Perruzi Storia del commercio e dei banchieri di Firenze in tutto il mondo conosciuto dal 1200 al 1345 (Firenze 1868) S. 227, 230, 231, 233, 253 ff., 471, 474, Appendice S. 59 und bes. S. 219 ff., woselbst über hundert Florentiner Gesellschaften aus dem Jahre 1370 angeführt sind.

[10]) Vgl. oben § 57 und Endemann, Lehrbuch § 21.

[11]) H.G.B. Art. 86 I; vgl. noch oben § 57.

2. Die Eintragung muss angeben: a) den Namen, Vornamen, Stand und Wohnort jedes Gesellschafters, b) die Firma und den Ort des Sitzes der Gesellschaft, c) den Zeitpunkt, mit welchem die Gesellschaft begonnen hat, d) endlich im Falle vereinbart ist, dass nur einer oder einige der Gesellschafter die Gesellschaft vertreten sollen, die Angabe, welcher oder welche dazu bestimmt sind, ingleichen ob das Recht nur in Gemeinschaft ausgeübt werden soll.[12])

3. Die Firma einer Offenen Handelsgesellschaft soll prinzipiell aus den Namen sämmtlicher Gesellschafter bestehen. Zu diesem Satz konnte der Gesetzgeber nur kommen, weil er die Solidarhaft auf eine Stellvertretung der übrigen Gesellschafter durch den kontrahirenden Gesellschafter zurückführte, und dann, da bei der direkten Stellvertretung der Vertreter im Namen der Auftraggeber kontrahirt, folgeweise dazu gedrängt wurde, in der Gesellschaftsfirma die Summe der Namen aller Gesellschafter zu sehen. Doch dementirt sich der Gesetzgeber sofort selbst, denn nach demselben Satz, welcher das Prinzip aufstellt, genügt es, wenn die Gesellschaftsfirma wenigstens den Namen Eines der Gesellschafter mit einem das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutenden Zusatz enthält,[13]) und damit trifft das Gesetz den ebenso der historischen Entwickelung wie der heutigen Wirklichkeit entsprechenden Sachverhalt. Was das Gesetz Ausnahme nennt, ist die Regel; die Gesellschaftsfirmen bestehen nur in den seltensten Fällen aus den Namen sämmtlicher Gesellschafter.[14])

4. Die Eintragung setzt Anmeldung voraus.[15]) Die Anmeldepflicht liegt „allen" Gesellschaftern ob. Sie alle müssen entweder vor dem Handelsgericht persönlich erscheinen, ihre Erklärung zu Protokoll geben und dieses unterzeichnen, oder die Anmeldung schriftlich in beglaubigter Form einreichen.[16]) Eventuell werden die Anmeldungen durch über die einzelnen Gesellschafter verhängte Ordnungsstrafen von Amtswegen erzwungen.[17])

5. Die zur Vertretung der Gesellschaft befugten Gesellschafter sollen überdies die Gesellschaftsfirma nebst ihrer eigenen Namensunterschrift persönlich vor dem Handelsgericht zeichnen, oder die Zeichnung in beglaubigter Form einreichen.[18])

6. Die Eintragungen stehen jedem Interessenten zur Einsicht offen, und werden ihrem ganzen Inhalte nach amtlich in Zeitungen publizirt.[19])

7. Treten Aenderungen in der Eintragung bedürftigen Punkten ein, so müssen auch sie angemeldet, eingetragen und publizirt werden.[20])

Lediglich in Konsequenz der so eben angedeuteten Differenz zwischen dem historischen Sachverhalt auf der einen Seite, und der Auffassung von Doktrin

---

[12]) H.G.B. Art. 86 II, vgl. oben § 58.
[13]) H.G.B. Art. 17 I.
[14]) S. oben § 45 II.
[15]) H.G.B. Art. 86.
[16]) H.G.B. Art. 88 I.
[17]) H.G.B. Art. 89.
[18]) H.G.B. Art. 88 II.
[19]) H.G.B Art. 88 I, 13 u. 14. S. auch oben § 57.
[20]) H.G.B. Art. 87.

und Gesetzgebung in heutiger Zeit auf der andern Seite hat die Kontroverse auftauchen können, ob das Mitglied einer Offenen Handelsgesellschaft den Karakter ein Kaufmanns haben oder nicht. — Die Einen behaupten, der Offene Handelsgesellschafter sei nicht Kaufmann, denn er betreibe nicht ein ihm besonderes Handelsgewerbe.[21]) Andere sagen, er sei Kaufmann, aber nur für das Gesellschaftsgewerbe, nicht auch bezüglich seiner davon unabhängigen vereinzelten Handelsgeschäfte, denn das vereinzelte objective Geschäft gehöre nicht seinem Gewerbebetriebe an.[22]) Eine dritte Ansicht stellt sich beiden schroff entgegen, das Mitglied einer Offenen Handelsgesellschaft sei absolut Kaufmann, und zwar weil die Geschäfte der Offenen Handelsgesellschaft Namens „aller", auch der von der Geschäftsvertretung ausgeschlossenen Gesellschafter, eingegangen würden, jeder einzelne Gesellschafter somit kraft seiner Eigenschaft als Gesellschaftsmitglied gewerbemässig Handelsgeschäfte betreibe.[23])[24]) Eine vierte Ansicht hält die zur Vertretung befugten Mitglieder einer Offenen Handelsgesellschaft für Kaufleute, die hiervon ausgeschlossenen dagegen nicht.[25])

Von diesen vier Meinungen zieht die dritte einfach die logische Konsequenz der vom Gesetz selbst adoptirten Auffassung der Gesellschaftsfirma, die übrigen tragen zwar einem ganz richtigen Gefühl Rechnung, sie scheuen sich die Mitglieder einer Offenen Handelsgesellschaft absolut als Kaufmann anzusehen, um den damit nothwendig verbundenen unbilligen Folgen[26]) aus dem Wege zu gehen, aber ihren Gründen fehlt die Beweiskraft. M. E. ist die Prämisse falsch. Die Firma der Offenen Handelgesellschaft ist zwar eine gemeinschaftliche, aber nicht in dem Sinne, dass die unter der Firma geschlossenen Rechtsgeschäfte als von jedem der Gesellschafter eingegangen gelten, sie ist nur ein gemeinschaftlicher Rechnungsname, die unter der Firma abgeschlossenen Rechtsgeschäfte gehen auf Rechnung der Gemeinwirthschaft. Nach den oben

---

[21]) Fr. v. Hahn, Commentar 1. Aufl., Bd. I, S. 10, Bd. II, S. 58—60; Stubenrauch, Handbuch des österreichischen Handelsrechts (Wien 1863) S. 42; Brix, Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch vom Standpunkte der österreichischen Gesetzgebung erläutert (Wien 1864) S. 16.

[22]) Thöl, Handelsrecht (VI. Aufl.) § 38 I. „Der offene Handelsgesellschafter ist Kaufmann nur im Zusammenhange mit der Firma, er ist Kaufmann, aber nicht Einzelkaufmann." Fr. v. Hahn, Commentar, 2. Aufl. Bd. I, S. 19—21, Bd. II, S. 73. 3. Aufl. Bd. I, S. 20, Bd. II, S. 63, 66, 73, 75. — v. Völderndorff oben § 26 III bes. Note 25. Endemann, Handelsrecht § 35 III. Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts § 25 (Bd. I, S. 105).

[23]) Auerbach, Das neue Handelsgesetz Bd. I, S. 28; v. Völderndorff in Anschütz-v. Völderndorff, Kommentar Bd. I, S. 47 f. Makower, Handelsgesetzbuch (8. Aufl. 1880) zu Art. 4, Note 2e. Goldschmidt, Handbuch, 1. Aufl. I, S. 332 bes. Note 11; 2. Aufl. I, S. 469 f.; Puchelt, Commentar, 2. Aufl. zu Art. 4, Nr. 10 (I S. 16 f.); v. Canstein in Z. f. H.R. Bd. XX, S. 84—97. Gareis, Lehrbuch S. 57.

[24]) S. auch R.O.H.G. III, 415 ff.; XIV, 210 u. 284; XVI, 380; XVIII, 229.

[25]) Löhr, Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch, erläutert u. s. w. (Elberfeld 1868) zu Art. 4, Nr. 19.

[26]) S. über diese Folgen v. Canstein a. a. O. S. 95 ff.

gegebenen Erklärungen [27]) kontrahirte der Gesellschafter ursprünglich in eigenem Namen, aber unter Angabe der ragione sociale für seine und seiner Gesellschafter Rechnung; es kontrahirte in dieser Weise thatsächlich nur das Haupt der Gesellschaft, dieses allein auch galt als Kaufmann. Die übrigen Gesellschafter hafteten, nicht weil in ihrem Namen kontrahirt war, sondern wegen des personenrechtlichen Verhältnisses mit dem kontrahirenden Genossen, sie waren nicht aus dem konkreten Vertrage dem Dritten obligirt, sondern hafteten ex lege für die Person des Kontrahenten, und wurden dadurch nicht zu Kaufleuten. Unterschreibt nun zwar heute der kontrahirende Gesellschafter nicht mehr mit seinem eigenen Namen, sondern mit der Gesellschaftsfirma, so hat sich innerlich dadurch doch nichts geändert; nur derjenige Gesellschafter, welcher, wie es heute heisst, die Gesellschaft vertritt, treibt gewerbemässig Handelsgeschäfte, ist Kaufmann, nicht auch die von der Vertretung ausgeschlossenen. Hiermit stimmt auch Folgendes überein; bekanntlich muss jeder Kaufmann die Firma nebst seiner eigenen Namensunterschrift vor dem Handelsgericht zeichnen, [28]) bei der Offenen Handelsgesellschaft sind dazu nur die zur Vertretung befugten Gesellschafter gehalten, [29]) folglich, so könnte man schliessen, sind nur sie, nicht auch die von der Geschäftsvertretung ausgeschlossenen Gesellschafter, Kaufleute.

D. Rechtsverhältniss der Gesellschafter untereinander.

§ 83.

1. Normirung desselben.

Das Rechtsverhältniss der Gesellschafter untereinander, das Rechtsverhältniss nach innen, das innere Rechtsverhältniss wird in erster Linie durch den Gesellschaftsvertrag geregelt, und nur da, wo dieser keine, oder ungenügende Bestimmungen enthält, durch die Artikel 90—109 des H.G.B. [1]). Letztere tragen daher lediglich den Karakter von Dispositivgesetzen. Gemäss Art. 1 des H.G.B. würde, falls auch das H.G.B. eine Lücke zeigen sollte, auf das Handelsgewohnheitsrecht, und schliesslich auf das bürgerliche Recht, also je nach dem Rechtszustande der einzelnen Staaten auf das Partikularrecht bez. auf das gemeine Recht zurückzugreifen sein. In Wirklichkeit dürfte hierzu sehr selten Veranlassung eintreten; während man in so vieler Beziehung dem französischen Vorbilde nachahmte, konnte man es hier nicht thun, der Code de commerce fand bereits ein einheitliches Civilrecht (Code civil) vor und durfte sich demgemäss darauf beschränken, in verhältnissmässig wenigen Artikeln blos die Abweichungen der Handelsgesellschaften vom Civilrecht festzustellen, Deutschland dagegen musste mangels eines einheitlichen Civilrechts gerade den umge-

---

[27]) S. oben S. 331 ff. u. 346.
[28]) H.G.B. Art. 19.
[29]) S. oben S. 347 und H.G.B. Art. 88 II.
[1]) H.G.B. Art. 90 II.

kehrten Weg einschlagen, gegenüber den mannigfach von einander differirenden Partikularrechten möglichst erschöpfende Normen für die Handelsgesellschaften statuiren.

§ 84.

2. Die Einlage der Gesellschafter.

Jeder Betrieb eines Handelsgewerbes erfordert Verwendung von Kapital und Arbeit. Der Einzelkaufmann stellt beides allein, in der Offenen Handelsgesellschaft alle Gesellschafter zusammen. Die Stellung der erforderlichen Mittel an Kapital und Arbeit ist jenem selbstverständliche wirthschaftliche Voraussetzung für Errichtung, Bestehen und Gedeihen des Geschäfts, diesen zwar auch, aber ausserdem noch gegenseitiges, vertragsmässiges Recht und Pflicht.

In dem sicherlich sehr seltenen Falle, dass die Verabredungen weder direkt noch indirekt festsetzen, was jeder Gesellschafter an Kapital bez. Arbeit für die Gemeinwirthschaft leisten soll, und die stipulirten Punkte doch genügten, um einen Gesellschaftsvertrag zu Stande zu bringen, sind alle einzelnen Gesellschafter beides, Kapital und Arbeit, und zwar alle in absolut gleichem Umfange für die Gemeinwirthschaft beizusteuern ebenso verpflichtet wie berechtigt. Es geht dies schon aus der Grundtendenz der Offenen Handelsgesellschaft, und aus der prinzipiellen Gleichstellung aller Gesellschafter hervor, ergibt sich aber zum Ueberfluss auch noch bezüglich des Kapitals aus des H.G.B. Art. 109 in Verbindung mit Art. 106 und 107, bezüglich der Arbeit aus Art. 102.[1])

Wenngleich in einer Offenen Handelsgesellschaft anfänglich absolute Gleichheit der Beiträge oder Einlagen existirt, wird sie sich, wenigstens bezüglich des Kapitals, doch nur selten dauernd erhalten, denn die einem Gesellschafter zugeschriebenen, von ihm aber nicht abgehobenen Zinsen seiner Kapitaleinlage und die desgleichen Gewinnantheile des einen Geschäftsjahres, werden am Ende des andern Geschäftsjahres eo ipso definitiv kapitalisirt und seiner Stammeinlage zugeschlagen.[2]) Ob und wie viel ein Gesellschafter von seinen Zinsen bez. Gewinnantheilen abheben oder stehen lassen will, hängt für erstere vollständig, für letztere bis zu einem gewissen Grade von seinem Belieben ab, dieses aber wird nicht bei allen Gesellschaftern dasselbe sein. Eine einmal eingetretene Differenz muss sich, von späterer absichtlicher oder zufälliger Ausgleichung abgesehen, naturgemäss stetig steigern. Stetige Dauer absoluter Gleichheit der Kapitalantheile könnte nur durch besondere Vertragsbestimmungen gesichert werden; sie zu stipuliren wird aber nicht nur selten ein Interesse vorliegen, sondern auch häufig geradezu schädlich sein. Bezüglich der Arbeit liesse sich solche Gleichheit der Einlage zwar leichter herstellen, aber auch sie fehlt sehr häufig.

Bilden schon hiernach die Fälle ungleicher Einlage die Mehrheit, so steigert sich deren Zahl noch beträchtlich dadurch, dass die Einlagen der einzelnen Ge-

---

[1]) Vgl. auch Anschütz a. a. O. Bd. II, S. 137 ff., der sich noch auf Art. 267 beruft.

[2]) H.G.B. Art. 106, II; 107, II. Genaueres unten § 87.

sellschafter auch ungleichartig sein, bei dem einen allein aus Kapital, bei dem andern allein aus Arbeit bestehen können.

§ 85.

a. Kapitaleinlage.

Kapital bedeutet einen Inbegriff von wirthschaftlichen Gütern, die nicht zur Befriedigung des laufenden, präsenten Konsumtionsbedarfes des Besitzers dienen, sondern als hierfür überschüssig oder nicht brauchlich zu anderweiter Verwendung disponibel sind. [1]) Verpflichtet der Gesellschaftsvertrag das Mitglied einer Offenen Handelsgesellschaft zu einer Kapitaleinlage, so heisst das demnach, es solle Güter seines Kapitalbestandes aus seiner Einzelwirthschaft aussondern und der Gemeinwirthschaft überweisen. [2]) Aus welchen Gütern das von dem einzelnen Gesellschafter einzuwerfende Kapital bestehen soll oder darf, hängt von dem Gesellschaftsvertrage ab; ganz naturgemäss werfen die Mitglieder einer Handelsgesellschaft regelmässig Geld ein, häufig aber auch andere Güter.

Bisweilen ist es zweifelhaft, ob bez. wie weit eine Sache, welche ein geschäftsführender Gesellschafter thatsächlich in der Gemeinwirthschaft verwendet, in diese eingeworfen ist, d. h. nach den soeben zitirten Ausführungen, ob Verschlechterung, Untergang, Werthminderung, Werthsteigerung, Früchte und Lasten der betreffenden Sache auf Rechnung der Gemeinwirthschaft oder des Eigenthümers, des inferirenden Gesellschafters geht. Das H.G.B. unterstützt die oft schwierige Entscheidung durch einige Präsumtionen.

1. Bei Beginn seines Gewerbes stellt der Einzelkaufmann nach alter Sitte und heutiger Rechtsvorschrift [3]) ein genaues Verzeichniss seiner Grundstücke, seiner Forderungen und Schulden und seiner andern Vermögensstücke auf, gibt dabei den Werth jedes dieser Güter in Geld an, und zieht, nachdem er so das Inventar fertig gestellt, die Bilanz. Beides soll er (mit einer Ausnahme) [4]) am Ende jedes Geschäftsjahres wiederholen. Nach dem Wortlaut des Gesetzes umfasst die Inventur und Bilanz das ganze Vermögen des Kaufmanns, Geschäfts- und Privatvermögen, aber wenn ein Kaufmann genau übersehen will, mit welchem Vortheil oder Verlust sein Geschäft arbeitet, dann stellt er besondere Inventur und Bilanz des Geschäfts auf. In das Geschäftsinventar nimmt der Einzelkaufmann dann alle diejenigen Sachen auf, welche er im Geschäft verwendet und verrechnet, so dass z. B. deren Verkaufspreis in die Geschäftskasse fliesst, Reparaturkosten das Geschäftsunkostenkonto belasten, den Untergang das Geschäftsverlustkonto trägt u. s. w., kurz alle Sachen, welche auf Gefahr, auf Rechnung des Geschäfts gehen.

Genau ebenso verhält es sich bei der Offenen Handelsgesellschaft, nur mit dem Unterschiede, dass hier der Privatwirthschaft des „einzelnen" eine Gemein-

---

[1]) C. Knies, das Geld. Abthlg. I, Geld und Credit. (Berlin 1873) S. 49

[2]) Vgl. hierzu und für das Folgende die Ausführungen oben S. 335 f.

[3]) H.G.B. Art. 29 I.

[4]) H.G.B. Art. 29 II.

wirthschaft „aller" Gesellschafter gegenübersteht, und dass was dort Geschäft, Geschäfts-Vermögen, Inventar, Bilanz heisst, hier Gesellschaft, Gesellschafts-Vermögen, Inventar, Bilanz genannt zu werden pflegt. [5])

Hieran anknüpfend bestimmt das Gesetz, [6]) dass wenn inferirte Sachen in das Geschäftsinventar der Gesellschaft eingestellt sind, und dieses von allen Gesellschaftern unterschrieben, also anerkannt ist, in dubio [7]) angenommen werden soll, diese Sachen seien Eigenthum der Gesellschaft, oder nach der oben aufgestellten Ansicht, diese Sachen (seien mit Recht in das Gesellschafts-inventar eingestellt,) gingen nach Absicht aller Gesellschafter für Rechnung und Gefahr der Gemeinwirthschaft. [8]) Diese Präsumtion gilt bei allen Arten von Sachen.

2. Die gleiche Präsumtion soll eintreten, wenn Sachen inferirt sind, und deren Illation von einer Abschätzung begleitet ist. Die Abschätzung entspricht dem Werthansatz im Inventar. Die Präsumtion wird aber gehoben, wenn ein Interessent — Inferent, einer von dessen Gesellschaftern, oder auch dritte Personen z. B. Gläubiger des Inferenten, welche Exekution in die betreffende Sache vollstrecken lassen wollen u. s. w. — nachweist, dass die Abschätzung nur erfolgte, um in dem Schätzungswerthe einen Massstab für die Gewinnvertheilung zu erhalten. Eine Abschätzung solcher Tendenz würde offenbar ein Ausdruck dafür sein, dass nach des Inferenten und seiner Gesellschafter Absicht der Inferent selber Gefahr und Vortheil der Sache tragen solle, diese für Rechnung der Gemeinwirthschaft nicht veräussert oder verbraucht, sondern nur anderweitig verwendet werden dürfe. [9])

Im Gegensatz zu der dem durch Unterschrift anerkannten Geschäftsinventar entnommenen Präsumtion bezieht das H.G.B. die auf Abschätzung der inferirten Sache gegründete Präsumtion nicht auf Sachen jeder Art, sondern nur auf: **„unverbrauchbare oder unvertretbare Sachen"**. [10]) In der Literatur herrscht Streit darüber, ob das „oder" disjunktiven oder konjunktiven Sinn habe. [11]) **Thöl** nimmt letzteres an und folgert daraus: dass

1. Sachen, die **verbrauchbar und vertretbar** sind (z. B. Kolonialwaaren) Miteigenthum der Gesellschaft werden,

2. Sachen, die **unverbrauchbar und unvertretbar** sind (z. B. Original-

---

[5]) H.G.B. Art. 29, III.

[6]) H.G.B. Art. 91 II.

[7]) Also bis zum Beweise des Gegentheils. Vgl. Anschütz a. a. O. Bd. II, S. 132.

[8]) Anschütz a. a. O. II, 127 f. sieht „in der Ueberlassung an die Gesellschaft durch Eintragung in das Inventar eine im H.G.B. anerkannte besondere Eigenthums-erwerbsart."

[9]) H.G.B. Art. 91, I.

[10]) H.G.B. Art. 91, I: „Wenn Geld oder andere verbrauchbare oder vertretbare Sachen, oder wenn unverbrauchbare oder unvertretbare Sachen nach einer Schätzung, die nicht blos zum Zweck der Gewinnvertheilung geschieht, in die Gesellschaft eingebracht werden, so werden diese Gegenstände Eigenthum der Gesellschaft.

[11]) Nur Thöl, Handelsrecht § 90 und Fr. v. Hahn, Commentar zu Art. 91, § 2 berühren diese Frage; vgl. aber auch Anschütz a. a. O. Bd. II, S. 122—127.

ölbild) Miteigenthum nur werden, wenn eine Schätzung obiger Art vorgenommen war,

3. Sachen, die **verbrauchbar und unvertretbar** sind, desgleichen

4. Sachen, die **vertretbar und unverbrauchbar** sind, im Eigenthum des Inferenten bleiben, weil sie stets der ersten und zweiten Klasse angehören, folglich unter zwei einander widersprechende Bestimmungen fallen und deshalb ohne Bestimmung sind. —

v. Hahn fasst das „oder“ disjunctiv, und findet in Art. 91 folgende Normen:

1. Werden Sachen inferirt und

a) sind sie **verbrauchbar** (ohne Rücksicht auf Vertretbarkeit oder Unvertretbarkeit), so stehen sie im Eigenthum der Gesellschaft;

b) sind sie **vertretbar** (ohne Rücksicht auf Verbrauchbarkeit oder Unverbrauchbarkeit), so stehen sie im Eigenthum der Gesellschaft.

2. Das Gleiche gilt, wenn zwar die Sache entweder

a) **unverbrauchbar** ist (ohne Rücksicht auf Unvertretbarkeit oder Vertretbarkeit), oder

b) **unvertretbar** ist (ohne Rücksicht auf Unverbrauchbarkeit oder Verbrauchbarkeit)

aber (in beiden Fällen) **geschätzt** eingebracht ist.

Stände die Wahl nur zwischen diesen beiden Interpretationen offen, so müsste man m. E. der von Thöl den Vorzug einräumen. — Auch nach der Auffassung v. Hahn's lassen sich Sachen folgender Art von einander unterscheiden:

1. { a. α. verbrauchbare + vertretbare, β. verbrauchbare + nichtvertretbare,
   b. α. vertretbare + verbrauchbare, β. vertretbare + nichtverbrauchbare.

2. { a. α. nichtverbrauchbare + nichtvertretbare, β. nichtverbrauchbare + vertretbare,
   b. α. nichtvertretbare + nichtverbrauchbare, β. nichtvertretbare + verbrauchbare.

Bei den Sachen unter 1 soll einfache Illation in dubio Eigenthum der Gesellschaft bewirken, bei den Sachen unter 2 für die gleiche Wirkung ausser Illation noch Abschätzung erforderlich sein. Das wäre nur möglich, wenn die Kategorien 1 und 2 sich gegenseitig ausschlössen, das aber ist nicht der Fall. — Zunächst ergiebt ein Vergleich der obigen Tabelle die Identität von 1 a α mit 1 b α und 2 a α mit 2 b α, ferner von 1 a β mit 2 b β, endlich von 1 b β mit 2 a β. Wir erhalten daher nur folgende Arten von Sachen:

I. verbrauchbare + vertretbare (1 a α, 1 b α),

II. verbrauchbare + nichtvertretbare (1 a β, 2 b β),

III. nicht verbrauchbare + vertretbare (1 b β, 2 a β),

IV. nichtverbrauchbare + nichtvertretbare (2 a α, 2 b α).

Ferner gehören die hier unter II, desgleichen die unter III genannten Sachen, wie die eingeklammerten Zeichen ergeben, den v. Hahn'schen Kategorien 1 und 2

gleichzeitig an, gleichwohl sollen sie in 1 nur Illation, in 2 Illation und Abschätzung erfordern, um in das Eigenthum der Gesellschaft überzugehen. Das geht nicht.

v. Hahn löst also den von Thöl gerügten Widerspruch nicht. Es ist aber auch von Thöl nicht richtig, wenn er lehrt: da der Gesetzgeber über „verbrauchbare + nichtvertretbare Sachen" (II), und über „nichtverbrauchbare + vertretbare Sachen" (III) in sich widerstreitende Bestimmungen gegeben hat, so sei keine Bestimmung gegeben, und folglich blieben solche Sachen im Alleineigenthum des Inferenten.

Dieser Widerspruch ist m. E. nur ein Beweis, dass die Interpretation in einem andern Punkte einsetzen muss. Der ganze Artikel 91 dreht sich trotz seiner unglücklichen Fassung gar nicht um die Frage, wem das Eigenthumsrecht an einer inferirten Sache zusteht, sondern nur darum, wer das Risiko derselben trägt, ob der Inferent oder die Gemeinwirthschaft. Sind **verbrauchbare** Sachen eingeworfen, so haben die geschäftsführenden Gesellschafter in dubio die Befugniss, über sie für Rechnung der Gemeinwirthschaft wie ein Eigenthümer zu disponiren,[12]) denn ohne diese Befugniss ist ein Gebrauch solcher Sachen nicht möglich; deshalb stehen solche Sachen auf Risiko der Gemeinwirthschaft. **Nichtverbrauchbare** Sachen dagegen lassen einen Gebrauch regelmässig ohne dies zu, das Risiko bleibt daher in dubio bei dem Inferenten; sie stehen nur dann auf Risiko der Gemeinwirthschaft, wenn sie nach Abschätzung inferirt wurden.[13])

Die Eigenschaft der Verbrauchbarkeit bez. Nichtverbrauchbarkeit übt ausser auf das Tragen des Risiko auch noch auf die Rückleistung einen Einfluss. Verbrauchbarkeit der inferirten Sache schliesst die Rückleistung (bei der Liquidation oder Abfindung) in specie aus, Nichtverbrauchbarkeit dagegen lässt sie zu. — Einen ähnlichen Einfluss übt auf den Modus der Rückleistung die Eigenschaft der Vertretbarkeit bez. Unvertretbarkeit der inferirten Sache; **vertretbare** Sachen kann man, wenn sie überhaupt in natura zurückzuerstatten sind, in genere, **nichtvertretbare** dagegen nur in specie zurückleisten. Die Abschätzung in Geld gelegentlich der Illation setzt überall an Stelle der Rückleistung in natura, sei es in specie oder genere, Ersatz in Geld.

Den Modus der Rücklieferung oder Rücknahme regelt Artikel 143 des H.G.B.; daselbst heisst es: Sachen, die zu Eigenthum der Gesellschaft eingeworfen sind (oder nach obiger Ansicht, Sachen die auf Risiko der Gemeinwirthschaft stehen), fallen bei der Auseinandersetzung nicht an den Inferenten zurück, ihre Rückerstattung erfolgt, gleichgiltig ob sie vertretbar sind oder nicht, niemals in natura, sondern stets in Geld. In Artikel 91 des A. d. H.G.B. entbehren die Worte „vertretbar" und „unvertretbar" an ihrem Orte nicht nur jedes

---

[12]) S. oben S. 335 f.

[13]) Selbstverständlich Abschätzung, die nicht lediglich zum Zweck der Gewinnvertheilung geschieht.

Sinnes, sondern sind gegenüber den an richtiger Stelle gegebenen Bestimmungen des Artikel 143 auch überflüssig.

Als **Resultat** ergäbe sich: **Verbrauchbare** Sachen stehen, wenn inferirt, in dubio stets auf Risiko der Gemeinwirthschaft, **unverbrauchbare** Sachen dagegen nur wenn eine Schätzung (der genannten Art) die Illation begleitete. Sachen, die auf Risiko der Gemeinwirthschaft stehen, werden dem Inferenten bei der Auseinandersetzung niemals in natura, weder in specie, noch in genere zurückerstattet, sondern stets in Geld.

Für die Frage, welche Sachen verbrauchbar, welche nichtverbrauchbar sind, bleibt es bei den für das allgemeine Civilrecht aufgestellten Lehren. [14])

Pflicht und Recht zur Illation von Kapital beruhen auf dem Gesellschaftsvertrage; von ihm empfangen sie auch die Details, z. B. über Gegenstand, Ort, Zeit und sonstige Modalitäten. Der Vertrag verlangt die genaueste Erfüllung, niemand ist zu einem Mehr oder Weniger, als der Vertrag bestimmt, verpflichtet oder berechtigt. Nur consensus omnium, Nachvertrag kann Aenderungen herbeiführen, z. B. Erhöhung, Herabsetzung oder Ergänzung des Einlagekapitals. Können sich die Parteien nicht einigen, so bleibt bei erstrebter **Erhöhung des Gesellschaftskapitals** nur übrig, je nach der Lage, entweder das Geschäft mit den alten Mitteln fortzuführen, oder, falls mit ihnen die Erreichung des gesellschaftlichen Zweckes unmöglich ist, [15]) die Gesellschaft aufzulösen. Der dissentirende Gesellschafter braucht es sich nicht gefallen zu lassen, dass die übrigen Gesellschafter aus ihren Taschen das Kapital erhöhen, keiner von ihnen hat das Recht, seine Kapitaleinlage beliebig zu erhöhen. Das Analoge gilt, wenn es sich **um Herabsetzung des Gesellschaftskapitals** handelt, sei es um Zurückziehung von bereits eingeworfenem, [16]) oder Nichteinzahlung von noch bez. erst zu inferirendem Kapital. Schon die blosse Versäumung des Fälligkeitstermines setzt den Gesellschafter in Verzug (dies interpellat pro homine) [17]) und legt ihm ex lege die Verpflichtung auf: erstens die gesetzlichen Zinsen, also nach Handelsrecht sechs vom Hundert und Jahr, [18]) zweitens auch für etwaigen andern Schaden den diese Zinsen übersteigenden Ersatz zu leisten. Dieselben Folgen treten selbstverständlich auch dann ein, wenn ein Gesellschafter die Kapitaleinzahlung ganz unterlässt, doch haben seine Genossen alsdann noch das weitergehende Recht, sofortige Auflösung der ganzen Gesellschaft [19]) oder Aus-

---

[14]) Vgl. Anschütz a. a. O. II, S. 122—125. Fr. v. Hahn a. a. O. zu Art. 91, § 2. Goldschmidt, Handbuch § 61, S. 535 ff. Windscheid, Pandekten (5. Aufl.) Bd. I, §§ 140 u. 141. Dernburg, Lehrbuch Bd. I, §§ 65 u. 278.

[15]) H.G.B. Art. 125, III, Nr. 1.

[16]) H.G.B. Art. 108, I; vgl. auch Art. 95. Die Worte: „unbefugt aus der Gesellschaftskasse für sich entnimmt", können auch auf diesen Fall angewendet werden, wenngleich sie in erster Linie daran denken, dass ein Gesellschafter der Gemeinschaftskasse ohne solchen animus Geld entzieht.

[17]) H.G.B. Art. 95, I; vgl. Anschütz a. a. O. S. 147.

[18]) H.G.B. Art. 95, I u. 287.

[19]) H.G.B. Art. 125, III, Nr. 3.

schliessung [20]) des betreffenden Gesellschafters zu verlangen bez. zu beschliessen. [21]) Der Erhöhung der Kapitaleinlage steht **Ergänzung der** durch Verlust **geminderten Einlagen** gleich; keiner der Gesellschafter ist verpflichtet oder berechtigt, die seinem Kapitalkonto zugeschriebenen Verlustantheile durch neue Einlagen auszugleichen. [22])

Die kaufmännische Auffassung [23]) sieht die kapitaleinwerfenden Gesellschafter als Gläubiger der Gemeinwirthschaft an. In Betracht kommen dabei aber nur diejenigen Sachen, über die der Inferent die volle Disposition zu Gunsten der Gemeinwirthschaft eingeräumt hat, und die deshalb auch auf Risiko der Gemeinwirthschaft stehen. Als Schuldgegenstand figurirt der regelmässig durch Schätzung sofort festgesetzte Geldwerth zur Zeit der Illation. Das Geschäft arbeitet nach dieser Vorstellung mit fremdem Gelde. Die Nutzung fremden Geldes erhält, die des eigenen gestattet man im Handel nicht ohne Aequivalent, nicht ohne Zinsen. Deshalb wird in den Offenen Handelsgesellschaften die Gemeinwirthschaft, als Schuldnerin jener Kapitaleinlagen, mit Zinsen zu Gunsten der betreffenden Gesellschafter, als Gläubiger, belastet. Zinsen muss der Schuldner zahlen, gleichgiltig ob er Gewinn oder Verlust gemacht hat, also eventuell aus seinem Geschäftskapital. Dies erkennt das H.G.B. hier an und bestimmt deshalb, dass jedem Gesellschafter am Schlusse eines jeden Geschäftsjahres von seiner Einlage Zinsen zu vier vom Hundert gutgeschrieben werden. Vor Deckung dieser Zinsen ist kein Gewinn vorhanden und der Verlust der Gesellschaft wird durch dieselben vermehrt oder gebildet. [24])

Für Kapitaleinlagen, deren Risiko nicht auf die Gemeinwirthschaft fällt, werden dem Inferenten keine Zinsen gutgeschrieben; aber da der Kaufmann sie als entgeltliche Nutzungsgestattung, z. B. Miethe u. s. w. auffasst, [25]) wird dem inferirenden Gesellschafter unter dem entsprechenden Titel, z. B. Miethzins u. s. w. ebenfalls ein Aequivalent gutgeschrieben.

§ 86.

b. Die Arbeitseinlage und Einlagetheilung.

I. Wie die einzelnen Gesellschafter für die Gemeinwirthschaft das erforderliche Kapital zu stellen haben, so auch die Arbeit. In dubio muss jeder Gesellschafter für die Gemeinwirthschaft arbeiten, mit thätig sein. Im Gebiete des Handels erstreckt sich diese Arbeit naturgemäss auf solche Handlungen, Dienste, oder Thätigkeit, welche der ordnungsmässige Betrieb eines derartigen Handelsgewerbes, wie es in der Gemeinwirthschaft betrieben wird, mit sich bringt, kurz auf konkret zu bemessende kaufmännische Thätigkeit; Sitte, Zeit, Ort, Gegenstand, Umfang, Einrichtung, Betriebsweise des Unternehmens und anderes, ja

[20]) H.G.B. Art. 128.

[21]) Ueber andere mögliche Folgen s. Fr. v. Hahn a. a. O. zu Art. 95, § 1.

[22]) H.G.B. Art. 92, Schluss; vgl. unten § 87.

[23]) S. oben S. 335.

[24]) H.G.B. Art. 106, I u. III. Näheres s. unten § 87.

[25]) S. oben S. 335.

selbst der Stand des einzelnen Gesellschafters greifen hier bestimmend ein. Während das Mitglied einer Offenen Handelsgesellschaft, welche ein kleines Ladengeschäft in Kolonialwaaren betreibt, sehr wohl verpflichtet sein kann z. B. Kaffee zu brennen und Ladenutensilien zu reinigen, wird man dem Gesellschafter eines grösseren Industrie- oder Bankhauses häufig genug nicht einmal zur persönlichen Führung der Bücher für verpflichtet halten dürfen. Schweigt der Vertrag so kann der Richter bei etwaiger Differenz unter den Gesellschaftern nur nach Gewohnheit, Sitte und billigem Ermessen, eventuell mittels Gutachtens von Sachverständigen entscheiden, ob eine gewisse Arbeit noch unter den in concreto zu bemessenden Begriff kaufmännischer Thätigkeit fällt.

Selbstverständlich können die Gesellschafter die prinzipielle Gleichmässigkeit der Arbeitseinlage aufheben; bei Existenz von mehr als zwei Mitgliedern werden sie sogar regelmässig eine Arbeitstheilung, ja nicht selten sogar eine Einlagetheilung statuiren.

Arbeitstheilung. Die im Betriebe eines Handelsgewerbes erforderlichen Arbeits- oder Dienstleistungen kann man in solche der inneren Verwaltung und solche des äusseren Verkehrs, des Rechtsverkehrs mit dritten Personen scheiden. Nicht selten weist der Gesellschaftsvertrag direkt oder indirekt dem einen (oder mehreren) Gesellschafter die innere Verwaltung, dem anderen den äusseren Verkehr, oder auch nur einen bestimmten Zweig derselben zu. Jene wird meistens s. g. faktische oder technische Dienste,[1]) wie Korrespondenz, Buchführung, Aufsicht des Lagers, Leitung der Bearbeitung oder Verarbeitung von Waaren und ähnliches umfassen, dieser dagegen die Anschaffung und den Vertrieb der Waaren, die eigentlichen Handelsgeschäfte, den Abschluss von Handelsgeschäften und damit zusammenhängender sonstiger Rechtsakte, z. B. Prozessführung u. s. w. Für die Ausführung seiner Arbeit können dem einzelnen Gesellschafter sehr verschiedene Grenzen gezogen werden; sie schwanken zwischen vollständiger nur durch die kaufmännische Uebung bemessener Freiheit und engster Gebundenheit, ähnlich wie bei Handlungsgehülfen oder Bevollmächtigten.[2]) Ueberschreitet ein Gesellschafter die ihm gezogenen Grenzen, so haftet er den Genossen für allen der Gemeinwirthschaft dadurch zugefügten Schaden, die Genossen brauchen diese Handlung nicht als für die Gemeinwirthschaft vorgenommen anzuerkennen, es sei denn der Gesellschafter könnte das Recht der negotiorum gestio für sich in Anspruch nehmen.[3])

Die Arbeitsthätigkeit eines Gesellschafters in der Gemeinwirthschaft darf man **Geschäftsführung** nennen, wenn die Vornahme der einzelnen Akte oder Geschäfte, sei es des ganzen Betriebes oder nur einzelner Zweige, seiner Initiative oder Leitung, seiner Disposition überlassen ist, wenn seine Initiativgewalt das Geschäftsgetriebe in Bewegung setzt oder erhält. Da sowohl der innere wie der äussere Betrieb derartige Dispositionen fordert, so kann derjenige Ge-

---

[1]) Vgl. v. Hahn a. a. O., Vorbemerkung zu Art. 99—104, § 2.

[2]) Bisweilen enthalten Gesellschaftsverträge ganz detaillirte Bestimmung über die Führung der Kasse und Bücher, Fabrikation der Waaren u. s. w.

[3]) Vgl. v. Hahn a. a. O. zu Art. 99—104, § 3.

sellschafter, welcher in der inneren Verwaltung thätig ist, ebenso gut Geschäftsführung in diesem Sinne haben, wie der andere, dem der äussere Verkehr obliegt. Ganz feste Grenzen zwischen Geschäftsführung der inneren Verwaltung und der des äusseren Verkehrs lassen sich vielleicht theoretisch ziehen, nicht aber im kaufmännischen Leben durchführen. Auch wer die Geschäftsverwaltung der inneren Verwaltung hat, kann Handlungen, die Dritten gegenüber Rechtswirkungen erzeugen, nicht blos nicht immer vermeiden, sondern muss sie vornehmen, soll er seiner Stellung Genüge leisten. Insofern die Geschäftsführung Abschluss von Rechtsgeschäften mit dritten Personen, dritten Personen gegenüber wirksame Rechtshandlungen, z. B. Prozessführung mit sich bringt, heisst sie auch Vertretung, **Geschäftsvertretung.**

Eine Theilung der oben angegebenen Art bildet keineswegs die Regel, im Gegentheil wird meistens, wer überhaupt Geschäftsführung hat, auch Geschäftsvertretung haben und umgekehrt, doch kann jemand Geschäftsführung ohne Geschäftsvertretung haben, nicht aber umgekehrt, wenngleich bisweilen einem Gesellschafter die Ausübung seiner Geschäftsvertretung nur für gewisse Nothfälle zugestanden wird, denn in diesen Fällen wird man ihm doch wenigstens formale Geschäftsführung ebenso wenig absprechen können, wie seine doch auch nur formale Geschäftsvertretung. [4])

Die Thätigkeit eines Gesellschafters in der Gemeinwirthschaft wendet sich als Geschäftsführung gegen die Genossen, als Geschäftsvertretung gegen die dritten Kontrahenten; ein und dieselbe Handlung kann unter beides fallen. Deshalb braucht das A. d. H.G.B. in dem zweiten Abschnitt (Tit. I, B. II), wo es „von den Rechtsverhältnissen der Gesellschafter unter einander“ handelt, immer den Ausdruck „Geschäftsführung“,[5]) im dritten Abschnitt „von dem Rechtsverhältniss der Gesellschaft zu dritten Personen“ dagegen den Ausdruck „Vertretung der Gesellschaft.“ [6])

Die Geschäftsführung oder Vertretung ist nach Obigem für das Verhältniss der Gesellschafter unter einander eine Arbeitseinlage. Da das A. d. H.G.B. in dubio „alle Gesellschafter zum Betriebe der Geschäfte der Gesellschaft gleichmässig berechtigt und verpflichtet erachtet,“ [7]) so ist in dubio jeder Gesellschafter zu einer (derartigen) Arbeitseinlage verpflichtet. Dies gilt nur für diejenigen Gesellschafter nicht, welche der Gesellschaftsvertrag dessen ledig spricht; das kann in zwiefacher Weise geschehen: entweder drückt der Vertrag sich direkt aus und sagt, „die und die Gesellschafter, z. B. 1 u. 2 werfen keine Arbeit ein, sind der Pflicht und des Rechts der Geschäftsführung ledig“, oder indirekt, sage er nun „die Gesellschafter 1 und 2 werfen ausschliesslich Kapital ein“, oder „allein die Gesellschafter 3 und 4 werfen Arbeit ein, haben das Recht und die Pflicht der Geschäftsführung“. Das A. d. H.G.B. braucht sogar die Form, ihnen allein sei die Geschäftsführung „übertragen“ und nährt dadurch die Auffassung,

---

[4]) A. M. v. Hahn a. a. O., Vorbemerkung zu Art. 99—104, § 2. Vgl. auch zu Art. 94, § 2.

[5]) H.G.B. Art. 93 I, 99, 100 I u. II, 101 I, 102 I, 103 II.

[6]) H.G.B. Art. 114 I u. II, 115, 116, 117, 118; vgl. auch Art. 137 I, 86 II, 4, 87 I u. II.

[7]) Art. 102 I.

dass die Rechte und Pflicht eines Gesellschafters zur Geschäftsführung oder Vertretung auf einem Mandat, Auftrag, Vollmacht der übrigen Gesellschafter beruhe.

Wurde entsprechend dem A. d. H.G.B. als Regel angeführt, dass jeder Gesellschafter Kapital und Arbeit einlegt (socii operae et pecuniae), und zwar alle Gesellschafter gleichmässig, so können die Einlagen der Gesellschafter doch unter sich durch Mass, Höhe, Umfang u. s. w. differiren; hiess es ferner, dass ein Theil der Gesellschafter von jeder Arbeitseinlage frei sein könne (socii pecuniae), so bleibt hier wieder die Möglichkeit, dass der oder die andern Gesellschafter Kapital und Arbeit, oder nur Arbeit (socii operae) einwerfen. Die Arbeitstheilung steigert sich hier zu einer **Einlagetheilung.**[8]) Statuirt der Gesellschaftsvertrag eine derartige Arbeitstheilung, dass einige Gesellschafter nur bestimmte, meist rein thatsächliche oder technische Arbeiten leisten sollen, so sind diese zwar socii operae oder socii operae et pecuniae, aber bezüglich der sonstigen Geschäftsthätigkeit, besonders der Geschäftsführung und Vertretung nehmen sie dieselbe Stellung ein, wie die reinen socii pecuniae. Die Eintheilungen der Gesellschafter in socii operae bez. socii operae et pecuniae und socii pecuniae auf der einen Seite, und in geschäftsführende oder vertretungsbefugte und nichtgeschäftsführende oder nichtvertretungsbefugte auf der andern Seite decken sich daher zwar häufig, aber nicht stets.

Keiner der Arbeit einwerfenden Gesellschafter ist zu mehr oder anderen Diensten für die Gemeinwirthschaft verpflichtet oder berechtigt als der Vertrag oder das Gesetz ihm auferlegt.[9]) Doch sei darauf hingewiesen, dass der Gesellschaftsvertrag bisweilen über die Arbeitseinlage schweigt, folglich ex lege jeder Gesellschafter zur vollen Arbeit, Geschäftsführung und Vertretung verpflichtet und berechtigt ist, die Gesellschafter aber gleichwohl eine Arbeitstheilung treffen und inne halten; dies kann selbstverständlich auch dann, wenn, wie das H.G.B. sagt, die Geschäftsführung mehreren übertragen ist unter diesen eintreten. — Einer derartigen nicht auf Vertragsänderung gerichteten Uebereinkunft oder thatsächlichen Uebung fehlt, wenngleich auch sie rechtliche Folgen haben kann, die bindende Kraft einer im Gesellschaftsvertrage statuirten Arbeitstheilung.[10])

II. Von der bisher behandelten Frage, ob überhaupt, bez. zu welcher Arbeitseinlage der einzelne Gesellschafter verpflichtet und berechtigt ist, muss wohl unterschieden werden die andere Frage, in welcher Weise die zur Geschäftsführung berufenen Gesellschafter diese ausüben. Statuirt der Gesellschaftsvertrag für die socii operae und socii operae et pecuniae weder eine Arbeitstheilung, noch besondere Bestimmungen über die Form der Geschäftsführung, so ist ex lege jeder einzelne von ihnen zur Geschäftsführung voll berechtigt und verpflichtet, und zwar solidarisch, d. h. jeder darf in der Gemeinwirthschaft selbstständig alle Dispositionen treffen und Handlungen oder Geschäfte vor-

---

[8]) Vgl. Lastig, Beiträge a. a. O. S. 407 f; die dort angeführten Combinationen können alle auch bei der Offenen Handelsgesellschaft vorkommen.

[9]) H.G.B. Art. 92.

[10]) v. Hahn a. a. O., zu Art. 99, § 3 ff.

nehmen, welche der Betrieb erfordert oder mit sich bringt.[11]) Nur zwei, überdies lediglich dispositive Schranken zieht das A. d. H.G.B.: erstens hat jeder der übrigen socii operae und socii operae et pecuniae ein liberum veto;[12]) legt es einer von ihnen gegen die von einem andern beabsichtigte Handlung ein, so muss sie unterbleiben. Zweitens muss jeder dieser Gesellschafter bei der Geschäftsführung sich in den Grenzen des gewöhnlichen Betriebes des Handelsgewerbes der Gemeinwirthschaft halten. Handlungen und Rechtsgeschäfte, welche diese Grenzen überschreiten, den Zwecken der Gesellschaft fremd sind, also eine Verletzung des Gesellschaftsvertrages enthalten und deshalb eigentlich eine vorgängige Aenderung desselben fordern, bedürfen wie die Vertragserrichtung und Aenderung vor ihrer Vornahme des stimmeneinhelligen Beschlusses aller Gesellschafter, auch der reinen socii pecuniae.[13])

Nicht selten ordnet der Gesellschaftsvertrag die Geschäftsführung und Vertretung dahin, dass die hiezu berufenen Gesellschafter[14]) nicht solidarisch, sondern nur kollektiv, d. h. nur alle, bez. je mehrere, z. B. je zwei oder drei zusammen, für die Gemeinwirthschaft handeln sollen, jedes für die Gemeinwirthschaft vorzunehmende Geschäft oder Disposition die Mitwirkung aller bez. je mehrerer Gesellschafter erfordert. Für Nothfälle, Fälle wo Gefahr im Verzuge[15]) ist, wo nur durch schnelles Handeln, welches das Zusammenrufen aller oder der zur kollektiven Geschäftsführung nöthigen bez. genügenden Zahl der Gesellschafter nicht zulässt, ein der Gemeinwirthschaft drohender Schaden abgewandt werden kann, bleibt es jedoch auch hier bei der Regel, darf, ja muss jeder einzelne dieser Gesellschafter solidarisch handeln. Kollektive Geschäftsführung wählen die Gesellschafter, um grössere Vorsicht, Sicherheit und stete gegenseitige Kontrole auch in den einzelnen Geschäften zu erzielen.

III. Die Gesellschafter brauchen nicht alle in der Gemeinwirthschaft vorkommende Arbeit selber zu verrichten, es können, ja werden regelmässig fremde Personen zu Hilfe herangezogen;[16]) sie anzustellen, ihnen die nöthigen Anweisungen zu geben und wieder zu entlassen, hält man für Akte der Geschäftsführung, genauer, des Geschäftsbetriebes; bezüglich solcher Personen des Handlungspersonals, welche nicht Handlungsbevollmächtigte sind, besonders auch der Handlungsgehilfen ist das richtig, bezüglich der Handlungsbevollmächtigten nicht. Die Grenze zwischen reinen Handlungsgehilfen und reinen Handlungsbevollmächtigten lässt sich zwar theoretisch ganz genau ziehen, aber im kaufmännischen Leben nicht, die meisten Handlungsgehilfen sind auch Handlungsbevollmächtigte, und umgekehrt. Deshalb kann man auch bei Beantwortung der Fragen, wer in

---

[11]) H.G.B. Art. 102 u. 100 II.

[12]) Nicht auch die socii pecuniae. H.G.B. Art. 99 u. 102 II.

[13]) H.G.B. Art. 103. v. Hahn a. a. O., Vorbemerkung zu Art. 99—104, § 5 u. 6.

[14]) H.G.B. Art. 100. Ob alle Gesellschafter an der Geschäftsführung Antheil haben, oder einzelne nicht (socii pecuniae), also die Geschäftsführung den übrigen besonders übertragen zu sein scheint, ist gleichgültig, H.G.B. Art. 99. Vgl. v. Hahn a. a. O. u. Anschütz a. a. O., S. 91 ff.

[15]) Vgl. Anschütz a. a. O., S. 186 u. v. Hahn a. a. O. zu Art. 100, § 3.

[16]) Z. B. Gesinde, Handlungsgehilfen.

einer Offenen Handelsgesellschaft darf Leute des Handlungspersonals einsetzen und absetzen, und wie, sich nur nach dem prävalirenden Moment richten; bei dem Prokuristen überwiegt die Handlungsvollmacht, bei dem übrigen Handlungspersonal die Gehilfenschaft.

Anstellung und Absetzung von Handlungsgehilfen in diesem Sinne sind Akte des Geschäftsbetriebes, für sie gelten die gewöhnlichen Normen über Geschäftsführung und Vertretung. Da die sg. Gesellschaftsfirma ursprünglich nur ein Rechnungsname ist, die geschäftsführenden Gesellschafter Selbstkontrahenten der für Rechnung der Gemeinwirthschaft mit dritten Personen geschlossenen Rechtsgeschäfte, und nicht direkte Stellvertreter der Genossen hierin sind, so sind auch die für den Dienst in der Gemeinwirthschaft bestellten Handlungsbevollmächtigten nicht direkt Vertreter aller Gesellschafter, sondern nur des oder der sie ernennenden geschäftsführenden Gesellschafter; an deren Stelle handeln sie für Rechnung der Gemeinwirthschaft und zeichnen eventuell die sg. Gesellschaftsfirma.[17]) Deshalb ist die Bestellung eines Prokuristen kein Akt des Geschäftsbetriebes, sondern nur ein Akt anlässlich oder zum Zweck der Geschäftsführung bez. Vertretung. Jeder einzelne der überhaupt zur Geschäftsführung und Vertretung befugten Gesellschafter, aber auch nur solcher, hat wie Veranlassung so auch das Recht Prokura zu ertheilen und zu widerrufen, aber in der Wahl der Person des Prokuristen ist er kraft positivrechtlicher Bestimmung an die Zustimmung der übrigen geschäftsführenden Gesellschafter gebunden. Nichtbeachtung dieser Vorschrift zieht weder Nichtigkeit der Prokuraertheilung nach sich, noch brauchen Dritte sich darum zu kümmern, höchstens kann der betreffende Gesellschafter seinen Genossen für nachtheilige Handlungen des Prokuristen verantwortlich werden.[18])

Lediglich eine Kombination von vertragsmässiger Festsetzung kollektiver Geschäftsführung[19]) und dadurch gebotener gemeinsamer Prokuravertretung liegt vor, wenn die Mitglieder einer Offenen Handelsgesellschaft übereingekommen sind, dass, wie es gewöhnlich heisst, keiner von ihnen die Befugniss zur Geschäftsführung haben solle, sondern allein ihr gemeinsamer Prokurist. Ein derartiges Abkommen schliesst nicht die Gesellschafter alle von der Geschäftsführung aus, sondern setzt nur an Stelle der solidaren die kollektive Geschäftsführung; die Ernennung eines Prokuristen aber ist auch hier kein Akt der Geschäftsführung. Die Gesellschafter sind hier alle geschäftsführende, und der Prokurist ist aller gemeinsamer Bevollmächtigter. Wenn in einer Offenen Handelsgesellschaft einige Mitglieder der Geschäftsführung ledig, von ihr ausgeschlossen sind, so haben sie nicht das Recht bei Ertheilung einer Prokura mitzusprechen.[20]) Wären in dem vorhin besprochenen Falle die „gesammten" Ge-

---

[17]) S. oben S. 331 ff. u. 346.

[18]) H.G.B. Art. 104 u. unten § 91 u. 92.

[19]) Vgl. Anschütz a. a. O., S. 87 ff., die daselbst S. 88, N. 8 Zitirten u. S. 182 f. Brinckmann, Lehrbuch des Handelsrechts S. 135; v. Hahn a. a. O. zu Art. 115, § 7 u. unten § 91 u. 92.

[20]) H.G.B. Art. 104 u. 103.

sellschafter wirklich von der Geschäftsführung ausgeschlossen, in wessen Hand läge dann die Ertheilung der Prokura? Ist ein derartiger Zustand überhaupt möglich?

IV. Die Dispositionen und Rechtsgeschäfte, welche die zur Geschäftsführung und Vertretung berufenen Gesellschafter (innerhalb der ihnen offenen Grenzen)[21]) für die Gemeinwirthschaft vornehmen, dürfen und müssen aus dem Geschäftsvermögen eventuell gedeckt werden und geben den dritten Gläubigern sogar das Recht, wie ihren Kontrahenten so auch dessen Gesellschafter direkt auf Erfüllung u. s. w. zu belangen. — Handlungen, Geschäfte anderer Gesellschafter entbehren dieser Wirkungen, stehen den Handlungen dritter, fremder Personen gleich. Es ist nun möglich und zulässig, dass zur Geschäftsführung und Vertretung befugte Gesellschafter in Ausübung ihres Dienstes einem solchen Gesellschafter einen Auftrag oder Mandat zu bestimmten Handlungen oder Geschäften für die Gemeinwirthschaft ertheilen; dann treten für ihn die desbezüglichen gewöhnlichen Rechtsnormen des Handels- bez. Civilrechts in Geltung. Fehlt Auftrag oder Mandat,[22]) so können höchstens geeigneten Falles die Sätze der negotiorum gestio in Anwendung kommen; Ratihabition lässt aber auch hier die Rechtssätze des Mandats eintreten.

Da die Gesellschafter auch während die Gesellschaft bereits besteht noch übereinkommen können, einem socius pecuniae eine Arbeitseinlage und damit Geschäftsführung und Vertretung zuzugestehen, so können Zweifel auftauchen, ob ein Mandat bez. Ratihabition einer negotiorum gestio oder solche Vertragsänderung vorliegt. Die Entscheidung entbehrt nicht der Wichtigkeit da sowohl die Diligenz wie die Schadloshaltung des betreffenden Gesellschafters je nachdem eine verschiedene Bemessung verlangen. Zweifel könnten nemlich dann, aber auch nur dann entstehen, wenn mit Ausnahme des Gesellschafters, um dessen Handlung es sich dreht, niemandem die Geschäftsführung und Vertretungsbefugniss fehlt; zu blosen Akten der Geschäftsführung, wie es Ratihabition und Mandatsertheilung sind, genügt in dubio die Willenserklärung Eines der geschäftsführenden Gesellschafter, folgeweise darf man, wenn dennoch Alle Gesellschafter bei dem betreffenden Akte mitgewirkt haben, sich für die Annahme einer Vertragsänderung entscheiden. Bei kollektiver Geschäftsführung bez. Vertretung wäre die Sachlage allerdings verwickelter und könnte ihre Lösung nur aus der Abwägung der konkreten Umstände erhalten. Obwohl nun eine solche Vertragsänderung immerhin für einen einzelnen Fall getroffen werden kann, dürften die Parteien doch mit Rücksicht auf die leichte Handhabung und auf das Publikum es stets vorziehen, sich mit dem Mandat oder der Ratihabition zu begnügen. Jene Zweifel behalten daher nur da Raum, wo es sich um ein umfangreiches Eingreifen des anher von einer Arbeitseinlage freien, zur Geschäftsführung nicht befugten Gesellschafters handelt. Sind noch andere Gesellschafter der Arbeitseinlage und Geschäftsführung ledig, so bleiben nur zwei Möglichkeiten: entweder haben sie bei jenem Akte nicht mitgewirkt, dann kann keine Vertragsänderung, sondern höchstens ein Mandat oder Ratihabition verliegen, oder sie

---

[21]) S. oben S. 356 ff.

[22]) v. Hahn a. a. O. zu Art. 93, § 71 u. Anschütz a. a. O., S. 191 V.

haben mitgewirkt, und das wäre ein Beweis, dass die Parteien keine blosse Vollmachtsbestellung, sondern eine Vertragsänderung beabsichtigten. [23])

V. Das Gesellschaftsverhältniss bringt jedem Mitgliede einer Offenen Handelsgesellschaft schon ex lege die Pflicht und das Recht einer Arbeitseinlage, der solidaren Geschäftsführung und Vertretung. [24]) Die betreffende Rechtsnorm trägt jedoch nur dispositiven Karakter, sie gestattet, durch Vertrag einen oder mehrere Gesellschafter dessen ledig zu sprechen; die übrigen Gesellschafter leiten dann selbstverständlich nach wie vor ihre Pflicht und ihr Recht der Geschäftsführung aus dem Gesetz, nicht aus der die andern ausschliessenden Vertragsklausel her. Schon hieraus folgt, dass weder der einzelne Gesellschafter einseitig sich der Pflicht dieser Arbeitseinlage entziehen, noch seine Genossen ihm das Recht derselben ohne seine Zustimmung nehmen können. Dies erkennt auch das A. d. H.G.B. als Regel an, aber wenn der Gesellschaftsvertrag einen oder mehrere Gesellschafter von dieser Arbeitseinlage befreit, ihnen die Geschäftsführung und Vertretung nimmt, folglich nur der oder die übrigen zur Geschäftsführung und Vertretung verpflichtet und berechtigt bleiben, soll den letzteren wider ihren Willen das ihnen doch ex lege zustehende Recht der Geschäftsführung und Vertretung entzogen werden können, freilich nur unter der Voraussetzung, dass eine rechtmässige Ursache dazu vorliegt. Ueber die Rechtmässigkeit soll eventuell das freie Ermessen des Richters entscheiden, dem das Gesetz nur durch die Hinweisung auf Artikel 125 III, 2—5 einige Anhaltspunkte bietet. Es sind dieselben beispielsweisen Gründe, welche stets jedem Gesellschafter das Recht geben, die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen. Also derselbe Umstand, z. B. Missbrauch des Gesellschaftsvermögens für Privatzwecke, Unredlichkeit oder anhaltende Krankheit eines geschäftsführenden Gesellschafters giebt, wenn der Gesellschaftsvertrag keinen der Gesellschafter von der Geschäftsführung ausschliesst, jedem Gesellschafter [25]) (mit selbstverständlicher Ausnahme des Thäters) nur das Recht, gänzliche Auflösung der Gesellschaft zu verlangen, wenn dagegen der Vertrag einem oder mehreren die Geschäftsführung abgenommen hat, die Wahl, entweder gänzliche Auflösung oder Ausschluss des Thäters von der Geschäftsführung und -Vertretung unter Fortdauer des Gesellschaftsverhältnisses zu verlangen. In beiden Fällen kann consensu aller übrigen Gesellschafter statt Auflösung der Gemeinwirthschaft auch Fortsetzung derselben unter völliger Ausstossung und Abfindung des Thäters eintreten. — Ein triftiger Grund für diese verschiedene Behandlung der beiden prinzipiell gleichen Fälle lässt sich nicht finden, und dürften Gesellschafter wohl kaum jemals sich veranlasst sehen, einem Gesellschafter wider seinen Willen die Geschäftsführung zu entziehen und dennoch die Gesellschaft

---

[23]) Durch solche Sonderung der verschiedenen Fälle lassen sich die Meinungsverschiedenheiten zwischen v. Hahn a. a. O. zu Art. 93, § 7, v. Kräwel in Busch's Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handels- und Wechselrechts Bd. IV, S. 1 ff., und Anschütz a. a. O., S. 143 u. 191 lösen.

[24]) Wenn der Gesellschaftsvertrag das noch einmal, sei es für alle oder für einzelne Gesellschafter, wiederholt, so ändert das nichts.

[25]) Anschütz a. a. O., S. 191 III.

mit ihm fortzusetzen. — Das Handelsgesetzbuch hat sich zu der Ausnahmebestimmung des Art. 101 offenbar nur dadurch verleiten lassen, dass es sich von der falschen Auffassung, die Geschäftsführungsbefugniss eines Gesellschafters auf eine Vollmacht der übrigen Gesellschafter zurückzuführen, nicht völlig frei zu machen vermochte. Darauf deutet auch die anerkannt unpassende Wortfassung von Artikel 101: „Die im Gesellschaftsvertrage einem oder mehreren Gesellschaftern geschehene Uebertragung der Geschäftsführung kann, so lange die Gesellschaft dauert, nicht ohne rechtmässige Ursache widerrufen werden.[26])

VI. Soweit ein Gesellschafter in Erfüllung der ihm durch das positive Recht oder durch den Gesellschaftsvertrag auferlegten Verpflichtung[27]) für die Gemeinwirthschaft arbeitet, mag das in s. g. thatsächlichen Diensten oder in Akten der Geschäftsführung und Vertretung geschehen, muss er stets den Fleiss und die Sorgfalt anwenden, welche er in seinen eigenen, in seinen Sonderangelegenheiten anzuwenden pflegt.[28]) Unterlässt er diesen Fleiss und Sorgfalt, so haftet er für allen Schaden, welcher der Gemeinwirthschaft durch sein Verschulden entstanden ist.[29]) Wenn ein Gesellschafter durch seine ihm obliegenden Dienste der Gemeinwirthschaft Vortheile verschafft, so erfüllt er damit nur seine Pflicht, deshalb kann er diese Vortheile auch nicht gegen etwa durch seine Schuld der Gemeinwirthschaft in andern Fällen zugefügten Schaden aufrechnen.[30]) Da auch diese Normen, wie alle des zweiten Abschnittes, lediglich dispositiven Karakter tragen, kann der Gesellschaftsvertrag die Diligenz- und Haftfrage auch anders ordnen. Handelt ein Gesellschafter für die Gemeinwirthschaft, ohne durch Gesetz oder Gesellschaftsvertrag dazu verpflichtet und berechtigt zu sein, aber auf Grund eines Mandats oder einer negotiorum gestio, so treten die diesen Rechtsinstituten eigenthümlichen Normen ein.[31])

Das A. d. H.G.B. verpflichtet dispositiv alle Gesellschafter gleichmässig zum Betriebe der Geschäfte der Gesellschaft, und bestimmt, dass in dubio keinem Gesellschafter für seine hierbei geleisteten Bemühungen ein Anspruch auf Vergütung zusteht; wie der Einzelkaufmann, so findet auch das Mitglied einer Offenen Handelsgesellschaft das Aequivalent seiner kaufmännischen Thätigkeit eben im Geschäftsgewinn. Nichts jedoch hindert die Gesellschafter, im Gesellschaftsvertrage etwas Anderes zu bestimmen, und in der That machen sie im Falle einer Arbeitstheilung oder Einlagetheilung[32]) nicht selten davon Gebrauch. In den gegenwärtigen Zusammenhang gehören solche Verabredungen aber nur dann, wenn sie dem betreffenden Gesellschafter für seine Dienste ein festes, der Kasse zur Last fallendes, ohne Rücksicht auf Gewinn und Verlust zahlbares Honorar oder Salair zusichern, als ob er ein Fremder, ein dritter Kontrahent

---

[26]) Vgl. H.G.B. Art. 104 u. oben S. 361.
[27]) H.G.B. Art. 102 I und oben S. 363.
[28]) H.G.B. Art. 94 I.
[29]) H.G.B. Art. 94 II u. 283.
[30]) H.G.B. Art. 91 II, s. Anschütz a. a. O., S. 146 II.
[31]) S. oben S. 362 und die dort Zitirten.
[32]) S. oben S. 359.

wäre, nicht auch wenn sie ihm nur ein Präcipuum oder eine Quote des Gewinnes zusichern. Letzteres fällt unter die Lehre der Gewinnvertheilung.[33])

Artikel 93 III spricht den Gesellschaftern **jede** Entschädigung für **irgend welche** von ihnen bei dem Betriebe der Gemeinwirthschaft[34]) geleisteten Dienste nur deshalb ab, weil das positive Recht in dubio jedem Gesellschafter „unbeschränkte“ Arbeitseinlage auferlegt. Hat der Vertrag, sei es durch Arbeitstheilung oder Einlagetheilung hieran Etwas geändert, einen Gesellschafter nur in „beschränkter“ Weise, nur zu „bestimmten“ Arbeiten verpflichtet, und leistet er für die Gemeinwirthschaft gleichwohl Dienste, die nicht in diese Grenzen fallen, so darf er m. E. dafür Entschädigung fordern; aber natürlich nur unter der Voraussetzung, dass er auch berechtigt war, diese Dienste zu leisten. Da der Gesellschaftsvertrag als solcher ihm dieses Recht dann nicht giebt, vielmehr mit der Pflicht dazu auch das Recht entzieht, so kann er es nur auf Grund einer negotiorum gestio, eines Mandats oder sonstigen Arbeitsgeschäftes haben, und nur nach deren Grundsätzen und mit deren Klagen eine Entschädigung verlangen,[35]) nicht aber mit der Actio pro socio. — Eine Grenze zieht der Gesellschaftsvertrag, selbst wenn er keine direkt darauf hinzielende Abrede enthält, so gut wie stets; die Gesellschafter können in dubio von keinem ihrer Genossen verlangen, dass er für die Gemeinwirthschaft ohne besondere Entschädigung Dienste leiste, die keinen Theil desjenigen gewerblichen Zweckes bildeten, welchem die Gemein-

---

[33]) S. unten § 87.

[34]) Dieses „bei dem Betriebe“ soll soviel heissen wie „gelegentlich des Betriebes“; v. Hahn a. a. O. zu Art. 93, § 5 stellt die Frage, ob die betreffende Handlung „zum Betriebe der Gesellschaftsgeschäfte gehört“ ob sie den Karakter von Geschäften einer Betriebshandlung des Gesellschaftsgeschäfts trägt, und antwortet darauf, dass kaufmännische Arbeiten diesen Karakter stets haben, von „anderen wohl nur diejenigen, welche, wenn sie auch zur gewerbsmässigen Thätigkeit bestimmter Berufsklassen gehören, doch auch von andern Personen vorgenommen werden können und häufig vorgenommen zu werden pflegen. Diejenigen Handlungen dagegen, zu deren Vornahme bestimmte Kenntnisse oder Fertigkeiten erforderlich sind, wie sie regelmässig nur solche Personen haben, welche aus der Vornahme dieser Handlungen einen Beruf machen, sind nicht zum Betriebe der Gesellschaftsgeschäfte zu rechnen, es sei denn, dass die fragliche Berufsthätigkeit mit dem Gegenstande des Gesellschaftsbetriebes in Beziehung stände.“ — Zum Betriebe des Gesellschaftsgeschäfts gehören diese Handlungen, Arbeiten, Geschäfte eben so wie jene, sei es direkt, sei es indirekt als Hilfshandlungen oder Dienste. Nicht von dem Betriebskarakter der Handlung hängt die Vergütungsfrage ab, sondern davon, ob der Betreffende zu derartigen Diensten verpflichtet und berechtigt ist. Gareis a. a. O., S. 128 unterscheidet ähnlich wie v. Hahn, er stellt den „kaufmännischen“ Arbeiten hier solche Arbeiten gleich, welche jeder Gebildete vornehmen kann und vorzunehmen gewohnt ist. Diese Abgrenzung entbehrt doch wohl der wünschenswerthen Fassbarkeit.

[35]) Je nach dem betreffenden Geschäft würde hier Handelsrecht oder gewöhnliches Civilrecht Platz greifen. Vgl. v. Hahn a. a. O. zu Art. 93, § 10. Nach Civilrecht würde ohne besondere Vertragsklausel der betreffende Gesellschafter einen Anspruch für Arbeitsentscheidung nur dann haben, wenn er derartige Arbeiten berufs- oder gewerbemässig betreibt, z. B. ärztliche Praxis u. s. w. Vgl. v. Hahn a. a. O., § 5. Wohl zu unterscheiden ist der Fall, dass ein Gesellschafter consensu omnium eine Arbeitseinlage übernimmt, oder verstärkt. S. oben S. 362 f.

wirthschaft vertragsmässig gewidmet ist,[36]) und umgekehrt kann dieser ihnen nicht solche Dienste aufdringen.[37])

Kein Mitglied einer Offenen Handelsgesellschaft ist zu mehr als zu seiner Arbeits- und Kapitaleinlage verpflichtet, gleichwohl kommt es vor, dass ein Gesellschafter in Ausübung seiner für die Gemeinwirthschaft schuldigen Dienste anderweitige baare oder geldwerthige Auslagen oder Aufwendungen aus eigener Tasche macht, welche die ordnungsmässige Ausführung des betreffenden Geschäfts mit sich bringt,[38]) und deshalb eigentlich der Gesellschaftskasse zu entnehmen wären. Nicht selten hilft ein Gesellschafter auch dem augenblicklichen Bedürfniss der Gesellschaftskasse durch direktes Vorstrecken von Geld aus. Derartige Aufwendungen und vorgestreckte Gelder nennt die kaufmännische Sprache Vorschüsse; bezüglich ihrer gewährt das H.G.B. dem betreffenden Gesellschafter einen gesetzlichen Anspruch erstens auf Zinsen, also auf Zinsen von sechs für das Hundert und Jahr, vom Tage des geleisteten Vorschusses an; zweitens auf Ersatz bez. Rückzahlung. Den gleichen Ersatzanspruch giebt es einem Gesellschafter auch für Verluste, welche er unmittelbar durch seine für die Gemeinwirthschaft geleistete schuldige Arbeit, oder aus Gefahren, welche von dieser Arbeit unzertrennlich sind, erlitten hat.[39])

§ 87.

3. Die Stellung der einzelnen Gesellschafter zu Gewinn und Verlust der Gemeinwirthschaft.

Bei Beginn der Gemeinwirthschaft müssen die geschäftsführenden Gesellschafter für Aufstellung einer genauen Inventur und Bilanz sorgen.[1]) Nimmt man den einfachsten Fall an, nemlich den, dass mehrere Personen in Offener Gesellschaft sich ganz neu etabliren, und die Kapitaleinlagen in baarem Gelde geben, so würde die erste Inventur[2]) unter der Rubrik der Aktiva des Geschäfts nur den durch die Kapitaleinlagen der Gesellschafter gebildeten baaren Kassenbestand, unter der Rubrik der Passiva nichts anführen. Der Saldo wäre ein Aktivsaldo, und hier, wo keine Passiva sind, zufällig gleich der Summe der Aktiva. Dieser Saldo, wenn er ein Aktivsaldo ist, also hier zufällig die Summe der Aktiva, heisst „reines Geschäftsvermögen“, oder „Gesellschaftsvermögen.“ Das A. d. H.G.B. braucht den Ausdruck „Vermögen“ für die Gesammt-

---

[36]) Vgl. Anschütz a. a. O., S. 143. R.O.H.G. III, S. 173. Motive z. preuss. Entw. § 98, S. 54 f.; z. B. ärztliche Hilfe von einem Mitgliede, welches Arzt ist.

[37]) Z. B. weil Advokat, selber die Prozesse der Gesellschaft zu führen.

[38]) Was für Aufwendungen die „ordnungsmässige“ Ausführung fordert oder gestattet, richtet sich nach thatsächlichen Umständen, kaufmännischer Sitte, geschäftlicher Uebung und Herkommen. Vgl. Anschütz a. a. O. S. 140.

[39]) H.G.B. Art. 93 I u. II, Anschütz a. a. O., S. 193 ff.

[1]) H.G.B. Art. 5, 29—31. Vgl. oben § 63 besonders V und § 85, 1.

[2]) Die folgenden Ausführungen nehmen stets doppelte Buchführung an.

aktiva des Inventars auch dann, wenn Passiva vorhanden sind,[3]) die Gesammtaktiva also nicht den Saldo bilden. Das ist unrichtig.

Jedem Gesellschafter wird auf seinem Kapitalkonto der Werth seiner Kapitaleinlagen gutgeschrieben, und da diesem Kreditposten hier keine Debetposten[4]) entgegenstehen, so ist hier zufällig der Betrag der Aktiva des Kapitalkonto auch der Saldo des Kapitalkonto. Dieser Saldo, also hier die Kapitaleinlage, zeigt den Werth an, welchen der Gesellschafter in der Gemeinwirthschaft stecken hat, ist dessen Geschäftsantheil. Kapitaleinlage und Geschäftsantheil ist hier zufällig gleich.

Räumt ein Gesellschafter zu Gunsten der Gemeinwirthschaft an einer Sache nicht die volle Disposition ein,[5]) trägt er selber, nicht die Gemeinwirthschaft deren Gefahr, so kann weder sie in die Aktiva des Inventars aufgenommen, noch ein ihr gleicher Betrag dem Inferenten kreditirt werden. Solcher Einlage entspricht deshalb auch kein Antheil am Geschäftsvermögen, kein Geschäftsantheil.[6])

Im Laufe des Wirthschaftsbetriebes treten an die Stelle der ursprünglich eingeworfenen Güter, oder, wie das A. d. H.G.B. sagt, Vermögensstücke, andere Güter, z. B. an Stelle des Geldes: Waaren, Grundstücke, Utensilien u. s. w., sie setzen sich, juristisch ausgedrückt, in andere Sachen, in Forderungen und Schulden um. Um nach solchen Wandlungen am Ende einer Geschäftsperiode den Stand der Gemeinwirthschaft festzustellen, bedarf es wieder einer Inventur und Bilanz. Das A. d. H.G.B. schreibt beide ausdrücklich vor.[7]) Diese Inventur zählt,[8]) die Fertigstellung der einzelnen Konti vorausgesetzt, zuerst alle Konti mit Aktivsaldo, dann alle Konti mit Passivsaldo unter Auslassung der Kapitalkonti der Gesellschafter auf; die dann folgende Bilanz stellt zunächst die Summe der Aktivsaldi der Summe der Passivsaldi gegenüber, der sich dabei regelmässig ergebende Aktivsaldo stellt das „reine Geschäftsvermögen" dar, ein etwaiger Passivsaldo die Geschäftsüberschuldung. Hierauf wird von diesem Saldo der Gesammtbetrag der Kapitalkonti der Gesellschafter abgezogen. Solche Konti haben jetzt aber nicht mehr die einfache Gestalt wie vorhin; neben die Einlage werden auf der Kreditseite jetzt, als am Ende des ersten Geschäftsjahres, unter dem Namen von Zinsen[9]) Beträge in Höhe von

---

[3]) H.G.B. Art. 29: Jeder Kaufmann hat bei Beginn seines Gewerbes seine Grundstücke, seine Forderungen und Schulden, den Betrag seines baaren Geldes und seine andern Vermögensstücke anzugeben und einen das Verhältniss des „Vermögens" und „der Schulden" darstellenden Abschluss zu machen.

[4]) Ueber diese s. unten S. 368 f..

[5]) Vgl. oben S. 335 ff. u. 351 ff.

[6]) Vgl. oben S. 356.

[7]) S. die soeben Note 1 citirten Stellen.

[8]) S. oben Note 2.

[9]) S. oben S. 335 u. 356. Darüber, wie wenig man hier an wirkliche Zinsen als Aequivalent fremder Kapitalnutzung zu denken hat, vgl. ausser den oben zitirten Stellen noch Fr. v. Hahn, S. 360, § 3 ff. S. auch die historischen Bemerkungen bei Endemann, Lehrbuch, S. 184, bes. Note 18.

vier Prozent der im ersten Inventar eingestellten Kapitaleinlage des betreffenden Gesellschafters gutgeschrieben. Für blosse s. g. Einlagen quoad usum [10]) werden, wenn es der Vertrag nicht besonders bestimmt, keine solche Zinsen berechnet, es ist dann anzunehmen, dass der Inferent sein Aequivalent schon im Gewinnantheil erhält; [11]) jedoch billigt der Vertrag solchem Inferenten häufig eine bestimmte jährliche Summe unter dem Namen von Miethzins u. s. w. zu, und diese Summe wird ihm auch in seinem Kapitalkonto kreditirt.

Diesen Kreditposten können jetzt auch bereits Debetposten gegenüberstehen; [12]) daher muss man, um den reinen Betrag des Kapitalkonto zu erhalten, dessen Saldo ziehen. Erst die Summe aller dieser (aktiven und eventuell auch passiven) Saldi giebt den Gesammtbetrag der Kapitalkonti der Gesellschafter; zieht man ihn von dem oben erwähnten reinen Geschäftsvermögen bez. von der Geschäftsüberschuldung ab, so erhält man die Höhe des Geschäftsgewinnes bez. des Geschäftsverlustes.

Da die Gemeinwirthschaft für Rechnung der Gemeinschafter geht, so muss natürlich Gewinn wie Verlust des Geschäfts unter sie getheilt werden. Die Vertheilung ist aber keine reale, sondern blos eine rechnungs- oder buchmässige, eine blosse Abrechnung der Gesellschafter unter einander bezüglich der Gemeinwirthschaft; jedem Gesellschafter wird der auf ihn entfallende Theilbetrag [13]) des Gewinnes bez. Verlustes auf seinem Kapitalkonto kreditirt, bez. debitirt. Der nun resultirende Saldo giebt genau die Stellung des einzelnen Gesellschafters zur Gemeinwirthschaft an. Da nun die Summe dieser (activen und event. passiven) Saldi aller Kapitalkonti gleich dem oben erhaltenen Betrage von des Geschäfts reinem Vermögen bez. Ueberschuldung ist, so kann man diesen Saldo des Kapitalkonto eines Gesellschafters dessen Geschäftsantheil nennen. [14]) Je nachdem der Saldo ein aktiver oder passiver ist, ist es auch der Geschäftsantheil; spricht man schlechtweg von Geschäftsantheil, so meint man einen aktiven Geschäftsantheil.

Der so aus dem Geschäftsbetrieb des ersten Jahres hervorgehende aktive oder passive Geschäftsantheil wird jedem Gesellschafter für das zweite Geschäftsjahr auf seinem Kapitalkonto kreditirt bez. debitirt. Er nimmt ersteren Falles nun dieselbe Stelle ein, wie bei Beginn des ersten Geschäftsjahres die ursprüngliche Kapitaleinlage, er ist die Kapitaleinlage für das zweite Geschäftsjahr; der kürzeren Unterscheidung halber kann man die ursprüngliche Kapitaleinlage schlechtweg „Kapitaleinlage“ oder sogar blos „Einlage“ und die Kapitaleinlage des folgenden Jahres „Geschäftsantheil“ oder mit dem A. d. H.G.B. „Antheil am Gesellschaftsvermögen“ [15]) nennen. — Fr. v. Hahn zieht dem letzteren Ausdruck grösserer Deutlichkeit halber die Bezeichnung „Aktivsaldo“ vor. [16])

---

[10]) S. zu Note 5.
[11]) S. oben S. 335. A. M. v. Hahn, Vorbemerkung zu Art. 106—109, § 9.
[12]) Ueber die regulären Debetposten s. sofort unten S. 369.
[13]) Ueber den Modus der Zutheilung s. sofort unten S. 369.
[14]) Vgl. die abweichende Formulirung von Fr. v. Hahn, S. 362, § 9 ff. u. S. 365, § 2.
[15]) H.G.B. Art. 106 I.
[16]) A. a. O. S. 366, § 4.

Der Gesellschafter darf seine Einlage oder Geschäftsantheil ohne Einwilligung seiner Genossen nicht vermindern; [17]) nur zwei Ausnahmen gestattet das A. d. H.G.B: [18]) jeder Gesellschafter darf im Laufe eines Geschäftsjahres Beträge bis zur Gesammthöhe der in seinem Geschäftsantheil steckenden sg. Zinsen und des Gewinnantheils des letztverflossenen Geschäftsjahres abheben, und zwar soweit sie aus ersteren hervorgehen, ganz nach seinem Belieben, soweit sie dagegen letzteren umfassen, nur dann, wenn die Herausnahme nicht zum offenbaren Nachtheil der Gesellschaft gereicht. [19]) Obgleich der Gesellschafter dadurch jedesmal seinen Geschäftsantheil mindert, werden ihm am Ende des laufenden Geschäftsjahres doch wieder jene vierprozentigen sg. Zinsen von dem ganzen Betrage gutgeschrieben, dafür aber auch von den zwischenzeitig entnommenen Geldern ebenfalls vierprozentige Zinsen vom Tage der Abhebung an zur Last geschrieben. Dieses Rechnungsverfahren ist bei gleichem Resultate einfacher und der üblichen Buchhaltung entsprechender, als wenn der Zinslauf der abgehobenen Beträge sistirt würde, so dass dann von dem jedesmaligen Rest des Geschäftsantheils die Zinsen neu berechnet werden müssten. [20])

Mit der Inventur, Bilanz, Gewinn- oder Verlustvertheilung u. s. w. am Ende des zweiten bez. der folgenden Geschäftsjahre, verhält es sich ganz analog dem eben Angegebenen.

Hat ein Gesellschafter auf seinem Kapitalkonto einen Passivsaldo, — ein Zustand, in den er nur dann gerathen kann, wenn er gar keine Kapitaleinlage machte, reiner socius operae ist, gleichwohl aber am Verlust Theil nimmt, oder wenn er einen im Verhältniss zu seinem Geschäftsantheil zu grossen Verlustantheil trägt, — so bleibt er ruhig weiter in der Gesellschaft; für das neue Jahr wird ihm dieser Passivsaldo debitirt, jedoch werden ihm am Ende des Jahres nicht auch Zinsen davon zur Last geschrieben, denn er hat seine Einlage oder Geschäftsantheil nicht durch Abhebung vermindert. Der Gesellschafter nimmt auch nach wie vor am Gewinn und Verlust der Gemeinwirthschaft Theil, und behält den jährlich sich wiederholenden Passivsaldo, bis er ihn durch etwaige Gewinnantheile der folgenden Jahre tilgt. Gelingt ihm das nicht oder nur theilweise, so braucht er den desbezüglichen Betrag erst bei Auflösung der Gemeinwirthschaft resp. bei seinem Ausscheiden aus der Gesellschaft auszugleichen; [21]) zu vorgängiger anderweitiger Tilgung ist er weder verpflichtet noch berechtigt, denn darin läge Ergänzung einer durch Verlust geschwundenen, oder Hingabe einer vom Vertrage gar nicht vorgesehenen Kapitaleinlage. [22]) Nur consensu omnium wäre ein derartiges Verfahren möglich.

Die vorhergehenden Seiten sprechen wiederholt von der „Vertheilung" des Geschäfts-Gewinnes und Verlustes; es ist eine alte und viel ventilirte Streitfrage

---

[17]) H.G.B. Art. 108 I.

[18]) H.G.B. Art. 108 II.

[19]) Beispiele derartiger Fälle s. v. Hahn zu Art. 108, § 5.

[20]) S. v. Hahn, S. 360 ff., § 3 ff.

[21]) Vgl. v. Hahn, S. 363, § 12 ff.

[22]) H.G.B. Art. 92.

gewesen,[23]) welcher „Massstab" dabei in dubio angewandt werden soll. Besonders verlangten die Einen Theilung nach Köpfen, die Andern nach Proportion der Einlagen, und letzteren Falles wollte man bald nur die Kapitaleinlagen, bald auch die Arbeitseinlagen berücksichtigt wissen; natürlich musste man dann auch nach einem Werthverhältniss zwischen Kapital- und Arbeitseinlage suchen. Selbst der vertragsmässigen Normirung zog man, namentlich unter dem Gesichtspunkt des Wuchers, Schranken. Das A. d. H.G.B. hat diese und alle anderen mit ihnen zusammenhängenden Kontroversen beseitigt, indem es erstens die vollste Freiheit des Gesellschaftsvertrages desbezüglich anerkennt,[24]) zweitens Mangels jeder Vertragsbestimmung Theilung des in obiger Weise zu berechnenden Gewinnes und Verlustes nach Köpfen statuirt.[25]) Der Gesellschaftsvertrag macht von seiner Freiheit regelmässig Gebrauch, und ordnet Gewinn- und Verlustvertheilung in mehr oder minder vom Gesetz abweichender Weise.[26]) Ordnet er nur die Gewinnvertheilung, so gilt der hierbei beobachtete Massstab auch für die Vertheilung des Verlustes, doch stellt er nicht selten auch einen verschiedenen Massstab auf, ja bisweilen beschränkt er den gesammten Verlustantheil eines Gesellschafters auf eine absolute Maximalsumme, oder befreit sogar von jeder Theilnahme am Verlust, so besonders den reinen Arbeitssocius. Selbst eine Verabredung, welche den Thatbestand der früher verbotenen societas leonina enthält, d. h. bestimmt, dass ein Gesellschafter nur am Verlust, nicht auch an Verzinsung und Gewinn Theil nimmt, wird heute zugelassen, nur muss sie selbstverständlich den für Schenkungen — denn eine solche läge vor — bestehenden Vorschriften Genüge leisten.[27])

§ 88.

4. Das Aufsichtsrecht. Das Konkurrenzverbot.

I. Ein Gesellschafter, dem der Gesellschaftsvertrag, wie es oft heisst, Recht und Pflicht der Geschäftsführung nimmt, verliert damit noch nicht jedes Interesse an der Geschäftsführung. Die Gemeinwirthschaft geht auf seine und seiner Genossen gemeinsame Rechnung, die Geschäftsführung ergreift nicht blos seine Kapitaleinlage oder seinen Antheil am Gesellschaftsvermögen, sie setzt ihn mittels der gegenseitigen Haft aller Gesellschafter auch in direkten Rechtskonnex mit dritten Personen und gefährdet eventuell sein gesammtes Sondervermögen, ja kann ihn sogar dem Konkurse zuführen. Aber nicht lediglich ein hiedurch hervorgerufenes blosses Interesse an der Geschäftsführung der socii gerentes bleibt ihm, er hat auch noch einen direkten aktiven Antheil an ihr, denn es sollen die geschäftsführenden Gesellschafter einen Beschluss „sämmt-

---

[23]) S. Endemann, Lehrbuch, S. 186, bes. Note 25, Endemann, Studien S. 360 ff. und Brinckmann, Lehrbuch § 42 u. 41.

[24]) Vgl. Endemann, Lehrbuch, § 43 III und H.G.B. Art. 109.

[25]) H.G.B. Art. 109.

[26]) S. v. Hahn, Commentar zu Art. 109.

[27]) Vgl. Endemann, Lehrbuch, S. 186, Note 26.

licher" Gesellschafter vor der Vornahme von solchen Geschäften einholen, welche über den „gewöhnlichen" Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft hinausgehen, oder welche dem Zweck derselben fremd sind. [1]) Bezüglich solcher Geschäfte besitzt er also noch einen schwerwiegenden Antheil und Einfluss auf den Geschäftsbetrieb, wenngleich ihm das Recht der Initiative und die Pflicht zur Ausführung, zur Arbeit, die eigentliche Geschäftsführung fehlt.

Dem reinen socius pecuniae steht auch hier der socius operae oder operae et pecuniae gleich, welchen der Gesellschaftsvertrag nur zu bestimmter, nicht Geschäftsführung umfassender Arbeit heranzieht. [2])

Die soeben genannten Umstände veranlassen das H.G.B. jedem einzelnen Gesellschafter ein weit gehendes **Aufsichtsrecht** über die Geschäftsführung seiner Genossen zu wahren; jeder Gesellschafter, gleichgiltig ob und wie er in dem Betriebe der Gemeinwirthschaft thätig ist, oder ob und wie viel Kapital er in der Gemeinwirthschaft stecken hat, darf sich persönlich — nicht durch beliebige fremde Stellvertreter [3]) — von dem Gange der Gesellschaftsangelegenheiten, also auch von dem Stande jedes einzelnen Geschäfts [4]) unterrichten, und zu diesem Behufe auch jederzeit [5]) in alle Geschäftsräume kommen, die Handelsbücher und Papiere der Gesellschaft einsehen, und auf ihrer Grundlage eine Bilanz zu seiner Uebersicht anfertigen. [6]) Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages, welche einem Gesellschafter dieses Aufsichtsrecht gänzlich nehmen oder schmälern, sind zwar zulässig, versagen aber, falls Betrug oder irgendeine andere Unredlichkeit in der Geschäftsführung konstatirt wird.

Völlig unabhängig von diesem Aufsichts- und Kontrollrecht ist das Recht jedes Gesellschafters, besonders aber des nichtgeschäftsführenden, vom geschäftsführenden Gesellschafter [7]) Rechnungslegung zu fordern. Jeder Gesellschafter ist gesetzlich zu ordnungsmässiger Buchführung nicht blos aus öffentlichem Interesse verpflichtet, [8]) sondern auch seinen Mitgesellschaftern gegenüber, [9]) es sei denn diese hätten ihn davon befreit, aber das wird bei geschäftsführenden Gesellschaftern kaum vorkommen. Zwar brauchen sie häufig nicht persönlich die

---

[1]) H.G.B. Art. 103 u. 99.

[2]) S. oben § 86.

[3]) Wohl aber darf der gesetzliche Vertreter des handlungs- oder geschäftsunfähigen Gesellschafters das Aufsichtsrecht ausüben. — Dass der Gesellschafter mit Zustimmung seiner Genossen jeden Dritten mit der Ausübung von Aufsichtshandlungen betrauen darf, ist selbstverständlich. cf. Anschütz a. a. O. II. S. 213 f.

[4]) Vgl. Protokolle S. 195, Thöl § 94 I.

[5]) An den Geschäftstagen und in den Geschäftsstunden. Vgl. Dernburg, Lehrbuch Bd. II (2. Aufl.) § 219, Nr. 6.

[6]) Art. 105 I.

[7]) Oder auch von einem bestimmten der mehreren geschäftsführenden Gesellschafter. Vgl. R.O.H.G. V. 201 ff.

[8]) H.G.B. Art. 28 ff. bes. 29 III.

[9]) Das H.G.B. hebt diese gegen die Genossen gewandte Seite der Verpflichtung zur Buchführung nicht besonders hervor, aber ordentliche Buchführung ist die erste Voraussetzung ordentlicher Geschäftsführung, und da die socii gerentes ihren Genossen zu letzterer verpflichtet sind, sind sie es auch zu ersterer.

Buchhalterdienste zu leisten, aber das enthebt sie noch nicht der Verpflichtung, für ordnungsmässige Buchhaltung durch Andere zu sorgen, namentlich auch diesen das dazu erforderliche Material zu stellen.

Bei regulärem Geschäftsgange werden selbst die nichtgeschäftsführenden Gesellschafter selten Veranlassung finden, besondere Rechnungslegung zu fordern. Sind die einzelnen Bücher gut geführt, ist die Inventur genau aufgenommen, die Bilanz richtig gezogen, Gewinn oder Verlust und der Antheil der einzelnen Gesellschafter hieran festgestellt, so bedarf es einer anderweiten kaufmännischen Rechnungslegung meistens nicht mehr, aber jeder Mangel in einem der eben genannten Akte der Buchführung, oder auch schon nicht genügend specifizirte Buchangaben werden das Verlangen nach besonderer Rechnungslegung wecken. Die Frage, ob Buchführung, Inventur und Bilanz als Rechnungslegung genügen oder nicht, ist demnach eine rein thatsächliche, bei deren Entscheidung es besonders auf die Natur des Handelsgeschäfts und die Art und Form der Buchführung ankommt. [10])

Ueber die Verpflichtung zu solcher besonderen Rechnungslegung schweigt das A. d. H.G.B. zwar, aber dies doch nur, weil es sie für selbstverständlich nach allgemeinen Grundsätzen hält. [11])

II. Theils mit der Befugniss zur Geschäftsführung, theils mit dem Aufsichts- oder Kontrollrecht hängt das für alle Mitglieder einer O.H.G. geltende **gesetzliche Verbot** zusammen, ohne Genehmigung der Genossen dem Handelszweige der Gemeinwirthschaft gleichartige **Sonderhandelsgeschäfte zu machen.** [12]) Wer die Gemeinwirthschaft führt, hat für seine desbezüglichen Dispositionen in der vorhin erwähnten Weise völlig freie Hand, betreibt er neben den Geschäften der Gemeinwirthschaft noch Sondergeschäfte, dann stellt sich nur allzuleicht eine Interessenkollision ein, welche den naheliegenden und sicherlich nicht stets ungerechtfertigten Verdacht von ihm erweckt, die Geschäftsführung der Gemeinwirthschaft hintenanzusetzen, die Sondergeschäfte vor denen der Gemeinwirthschaft zu bevorzugen, ja sogar die Gemeinwirthschaft zu Gunsten der oder geradezu durch die Sondergeschäfte zu schädigen. Auch ein Gesellschafter, welcher nicht die Gemeinwirthschaft führt, sondern nur bestimmte andere Dienste in ihr leistet, z. B. die Bücher führt, hat dadurch häufig, und er wie auch der reine socius pecuniae stets mindestens gelegentlich der Ausübung des Aufsichts- oder Kontrollrechts [13]) die Möglichkeit, so genauen Einblick in den Betrieb der Gemeinschaft zu gewinnen, dass er deren Handelsverbindungen, Bezugsquellen, Fabrikationsgeheimnisse, Spekulationen, Offerten u. s. w. für

---

[10]) Anschütz a. a. O. II. 215 IV.

[11]) Protokolle S. 196. U. d. H.A.G. Nürnberg in Z. f. H.R. XXII, S. 286 ff. R.O.H.G. XIX, 344 ff. A. d. H.G.B. Art. 270. Preuss. A.L.R. I, 17, § 219. Sächs. B.G.B. § 1375 u. 1373. Dernburg, Lehrbuch II, § 219 A. 29 u. § 224 zu A. 5.

[12]) H.G.B. Art. 96 I.

[13]) Auch gelegentliche Mittheilungen der auf Stillschweigen und Redlichkeit vertrauenden geschäftsführenden Gesellschafter bilden solche Quellen.

Sondergeschäfte auszubeuten vermag. Derartigen Unzuträglichkeiten soll jenes Verbot von vornherein vorbeugen.

Nicht jedes Sonderhandelsgeschäft eines Gesellschafters birgt die Gefahr einer Interessenkollision, deshalb verbietet das Gesetz den Gesellschaftern auch nicht schlechtweg jedes Handelsgeschäft, sondern nur die sg. **Konkurrenzgeschäfte** d. h. solche Geschäfte, welche der Gemeinwirthschaft Konkurrenz machen,[14]) in den Handelszweig der Gemeinwirthschaft fallen. Letzterer wird besonders durch den Gegenstand des Handels bestimmt, doch auch durch andere Momente, wie Ort der Handelsniederlassung, Betriebsweise u. s. w.; z. B. wenn A und B in Offener Handelsgesellschaft ein reines Detailgeschäft mit Kolonialwaaren betreiben, so dürfte es dem A meistens unverwehrt sein, ein reines Grossgeschäft mit Kolonialwaaren zu errichten. — Die Frage, welches der Handelszweig der Gemeinwirthschaft ist, entscheidet prinzipiell nur der Gesellschaftsvertrag und dessen nachträgliche, ausdrückliche oder stillschweigende Abänderung, nicht der momentane, zufällige Umfang des Geschäftsbetriebes,[15]) gleichwohl wird letzterer bisweilen Berücksichtigung fordern,[16]) besonders wenn nicht ein gewerbmässiger Sonderhandelsbetrieb, sondern nur ein vereinzeltes Handelsgeschäft in Frage steht. Principiell untersagt das Gesetz beides gleichmässig, aber ich glaube nicht, dass die übrigen Gesellschafter sich in ihrem Recht bedroht oder verletzt fühlen, und Richter auf deren Klage verurtheilen würden, wenn der Genosse X, obwohl ihre Gesellschaft, die vertragsmässig zwar auf den Vertrieb von Kolonialwaaren und Wein geht, trotz längeren Bestandes weder Weingeschäfte wirklich schloss, noch auch nur die dazu erforderlichen Einrichtungen traf,[17]) ein vereinzeltes Weingeschäft für Sonderrechnung schloss.

Das Gesetz verbietet in den eben gezogenen Grenzen dem Gesellschafter, Sonderhandelsgeschäfte, sei es für eigene Rechnung, sei es für Rechnung eines Dritten, zu machen; aber seine Tendenz ist nicht der Offenen Handelsgesellschaft jede, selbst die indirekte Konkurrenz der eigenen Gesellschafter fern zu halten,

---

[14]) Protokolle S. 183 f. u. 986 bes. 988: „Die Fernehaltung jeder Konkurrenz ist das Hauptmotiv für das Verbot."

[15]) v. Hahn, Commentar zu Art. 96, § 4 will nur den Vertrag entscheiden lassen: „weil durch den Geschäftsbetrieb des Gesellschafters die Gesellschaft thatsächlich gehindert werden kann, ihre Geschäfte in dem beabsichtigten Umfang zu betreiben, mithin eine wirkliche Konkurrenz vorliegt."

[16]) Anschütz a. a. O. II, S. 153, IV lässt den thatsächlichen Geschäftsbetrieb entscheiden; 1) wenn es an einer vertragsmässigen Bestimmung über den Handelszweig der Gesellschaft fehlt, 2) wenn der anfänglich verabredete Handelszweig thatsächlich geändert oder ausgedehnt worden ist. Ersteres weil nach den Motiven zum Preussischen Entwurfe Art. 101 der Mangel einer vertragsmässigen Bestimmung über den Handelszweig nicht dahin auszulegen ist, dass der Geschäftskreis der Gesellschaft, weil er vertragsmässig nicht beschränkt sei, auch alle denkbaren Handelszweige umfasse, und mithin der einzelne Gesellschafter überhaupt keine Handelsgeschäfte neben der Gesellschaft betreiben könne. — M. E. bildet der thatsächliche Sachverhalt hier in beiden Fällen eine stillschweigende Vertragsergänzung. Derartige Fälle hat der Text nicht im Auge.

[17]) Beabsichtigen mag die Gesellschaft das immer noch, also eine auch nur stillschweigende Aenderung liegt noch nicht vor.

sondern nur — um einen kurzen Ausdruck zu gebrauchen — sie gegen missbräuchliche, gegen unredliche Konkurrenz ihrer eigenen Mitglieder zu schützen.[18]) Die Mitglieder einer O.H.G. können sich den genauesten Einblick in den Geschäftsbetrieb der Gemeinwirthschaft verschaffen; Missbrauch dieser Kenntniss bricht nicht nur die Basis der Gesellschaft, das gegenseitige Vertrauen und bedroht dadurch den Bestand der Gesellschaft,[19]) er macht die Konkurrenz auch zu einer besonders gefährlichen. Ein solcher Missbrauch liegt fast nur dann nahe, wenn der Offene Gesellschafter auf die Führung der Konkurrenzgeschäfte persönlich Einfluss ausübt, das ist rechtlich der Fall, wenn er materiell der einzige Geschäftsherr ist, gleichgiltig ob er selber auch dessen juristischer Träger ist oder nicht, desgleichen wenn er mit Andern in einer zweiten O.H.G. steht, ferner wenn er Komplementar einer einfachen oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien, oder Vorstand einer Aktiengesellschaft, regelmässig auch wenn er Stellvertreter z. B. Prokurist, Kommissionär eines dritten Konkurrenten ist.[20]) An einem Konkurrenzgeschäft sich als Stiller Gesellschafter zu betheiligen, erklären die Protokolle ausdrücklich für gestattet,[21]) ob auch einer konkurrirenden Kommanditgesellschaft als Kommanditist anzugehören, darüber schweigen Gesetz wie Protokolle und Motive des Preuss. Entwurfs. Den Vorstellungen des Gesetzgebers entspricht es, letzteres zuzulassen, und das nicht blos, weil nach seiner Auffassung die für das Verbot maassgebenden Beweggründe bei dem Kommanditisten eben so wenig wie bei dem Stillen Gesellschafter zutreffen, beide haben auf die Geschäftsführung prinzipiell keinen Einfluss,[22]) sondern auch weil der Gesetzgeber, als er die Rechtsnorm des Art. 96 aufstellte, die Kommanditgesellschaft und die Stille Gesellschaft noch für identisch hielt.

Uebrigens wird man bei Beurtheilung dessen, ob resp. welche gesellschaftliche Betheiligung an Konkurrenzgeschäften erlaubt ist, nicht stets lediglich die gesetzliche Rechtsgestaltung der betreffenden Gesellschaftsform in Rechnung zu ziehen haben, sondern auch die konkrete, durch den Gesellschaftsvertrag gegebene berücksichtigen müssen. Die Theilnahme an Konkurrenzgeschäften als Kommanditist oder Stiller Gesellschafter ist gestattet, weil die abstrakten Gesetzesvorschriften solche Gesellschafter von der Geschäftsführung fern hält, wie nun, wenn der Gesellschaftsvertrag ihnen einen weitgehenden Einfluss auf die innere Geschäftsführung einräumt? Nichts steht entgegen, dass heute, wie es früher war,[23]) ein Kapitalist (A),[24]) der sein Geld im Handel fruchtbar anlegen, aber

---

[18]) Preuss. Entw. Motive S. 55 f.

[19]) H.G.B. Art. 125.

[20]) Vgl. v. Hahn, Commentar zu Art. 96, § 5, Anschütz a. a. O. II, S. 151. Wie in einer bestimmten Aktiengesellschaft das Korporationsorgan benannt ist, welches Funktionen ausübt, die gesetzlich dem Vorstand gebühren, oder welches die Vorstandsorgane einer Aktiengesellschaft sind, ist reine Thatfrage. Vgl. nach Renaud, Recht der Aktiengesellschaften (II. Auflage 1875) § 56.

[21]) Protokolle S. 988.

[22]) H.G.B. Art. 158, 160 u. 251, 252.

[23]) Vgl. oben S. 326.

[24]) Dass A Mitglied einer Offenen H.G. ist, wird als selbstverständlich vorausgesetzt.

es nicht unter eigenem Namen thun will, einen tüchtigen aber nicht mittellosen Kaufmann (B) annimmt, der in eigenem Namen aber für des Kapitalisten Rechnung gegen einen Antheil am Gewinn Handelsgeschäfte treiben soll, sich selbst aber nicht blos das intensivste Aufsichtsrecht, sondern auch die eigentliche, innere Geschäftsführung vorbehält, in den Vertrag die Klausel hineinsetzt, dass der andere gewisse Geschäfte nicht ohne seine vorgängige Einwilligung schliessen dürfe, und andere Geschäfte abschliessen müsse, wenn und wie er es ihm angeben werde. — Offenbar liegt hier eine Kommanditgesellschaft mit völlig zulässiger vertragsmässiger Abänderung der lex dispositiva[25]) Art. 158 A. d. H.G.B. vor, der Kapitalist A ist in ihr Kommanditist, und doch würde nichts der Tendenz des Art. 96 mehr widerstreben, als wenn man hierin keine missbräuchliche Konkurrenz des A sehen wollte. Aehnliches kann auch bei der Stillen Gesellschaft vorkommen. Es liegt nicht die Gestaltung der Kommanditgesellschaft oder der Stillen Gesellschaft vor, welche der Gesetzgeber bei Statuirung des Verbots resp. der Ausnahmen vom Verbot im Sinne hatte, man darf desshalb den Wortlaut des Art. 96 restriktiv interpretiren.

Da das Gesetz dem Offenen Handelsgesellschafter sowohl das Handelsgewerbe wie das vereinzelte Handelsgeschäft in den bisher beobachteten Grenzen untersagt, so muss ihm gleicherweise auch die Theilnahme an, den vorhin besprochenen Formen der gewerbemässigen Gesellschaft analogen Formen der Gelegenheitsgesellschaft verboten sein.[26])

Das **Konkurrenzverbot** selbst trägt den Karakter einer Dispositiv-Bestimmung,[27]) folglich kann es mit Zustimmung aller — nicht blos der geschäftsführenden — Mitglieder der Offenen Handelsgesellschaft auch **ausgedehnt, eingeschränkt** oder **aufgehoben** werden. — So können die Gesellschafter z. B. übereinkommen, sich schlechtweg alle Handelsgeschäfte, oder nicht blos die gleichartigen, sondern sogar die nur verwandten zu untersagen;[28]) desgleichen, allen oder gewissen Gesellschaftern ein bestimmtes Konkurrenzgewerbe oder Geschäft zu gestatten.

Die zu verbotener **Konkurrenz** erforderliche **Genehmigung** kann einem Gesellschafter von seinen Genossen vorgängig oder nachträglich, ausdrücklich oder stillschweigend, im Gesellschaftsvertrage oder durch besondern Rechtsakt gegeben werden. Eine **stillschweigende Genehmigung** für Theilnahme eines Genossen als Offener Gesellschafter oder Komplementar einer andern Handelsgesellschaft nimmt Art. 96, II schon dann an, wenn den übrigen Gesellschaftern bei Eingehung ihrer Offenen Gesellschaft bekannt war, dass erstens jener Genosse in der erwähnten Weise bereits einer andern Handelsgesellschaft angehört, zweitens diese Handelsgesellschaft der ihrigen thatsächlich bez. nach dem Gesellschaftsvertrage gleichartig ist, und sie gleichwohl das Aufgeben der Theilnahme an

[25]) Vgl. H.G.B. Art. 157.
[26]) Vgl. oben § 79, II u. unten § 100.
[27]) H.G.B. Art. 90 u. 96.
[28]) Beispiele s. Anschütz a. a. O. II, S. 154.

dieser zweiten Gesellschaft nicht ausdrücklich bedungen haben.[29]) Ihr Schweigen gilt hier ex lege als Genehmigung.

Selbstverständlich gibt es noch andere Fälle stillschweigender Genehmigung, aber bei ihnen gilt nicht das blose Stillschweigen als Genehmigung,[30]) sie erfordern noch andere, mindestens interpretative konkludente Handlungen.[31])

Das **Konkurrenzverbot zessirt** für alle Gesellschafter, sobald die Gesellschaft sich auflöst, denn damit beschränkt sich der Geschäftsbetrieb auf Abwickelung der schwebenden Geschäfte[32]) für den einzelnen Gesellschafter auch dann, wenn er aus der Gesellschaft ausscheidet, es sei denn, das Verbot wäre vertragsmässig in nach der Reichsgewerbeordnung zulässiger Weise auch auf spätere Zeit ausgedehnt worden.[33])

Durch **Uebertretung des Konkurrenzverbotes** verletzt der delinquirende Gesellschafter die ex lege jedem Mitgliede einer O.H.G. obliegende Pflicht und gefährdet resp. schädigt die gemeinwirthschaftlichen Interessen seiner Genossen. Dieses sein Delikt erzeugt zwischen ihm und jedem seiner Genossen ein Obligationsverhältniss (aktive Solidarität),[34]) eventuell auch einen Grund zur gänzlichen Auflösung der Gesellschaft, bez. blos zu seiner Ausschliessung.

Jeder der mehreren Genossen ist Gläubiger einer auf dieselbe Leistung gehenden Obligation, jeder aber muss sein von Gesellschaftswegen erworbenes Recht, soweit es sich dabei um pecuniären Erwerb für die Gemeinwirthschaft dreht, zur Disposition für die Gemeinwirthschaft stellen, die dann etwa eintretende weitere Verfügung fordert, da es sich hier offenbar nicht um einen in den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft fallenden Akt handelt,[35]) stimmeneinhelligen Beschluss aller, nicht blos der geschäftsführenden Gesellschafter. Der delinquirende Gesellschafter nimmt an dem ja gerade ihn betreffenden Beschluss selbstverständlich nicht Theil. Den geschäftsführenden Gesellschaftern liegt es dann ob, den Beschluss auszuführen, wie, das hängt von ihrem Ermessen ab,[36]) namentlich auch, ob der etwaigen Klage auch das Petitum auf fernere Unterlassung des bisherigen gewerbemässigen Betriebes von Konkurrenzgeschäften eingefügt werden soll.[37])

---

[29]) Vgl. v. Hahn, Art. 96, § 7.

[30]) S. Protokolle S. 190 f. R.O.H.G. I, Nr. 22, III. Endemann, Lehrbuch § 40, Not. 27.

[31]) Vgl. Anschütz a. a. O. II, 156.

[32]) Protokolle S. 4543, 4640. R.O.H.G. XXI, S. 144 f. Keyssner, Z. f. H.R. X, S. 369.

[33]) Anschütz a. a. O. II, S. 155. R.O.H.G. VII, 419 ff., XII, S. 30, XV, S. 168 f. v. Hahn, Commentar zu Art. 56, § 9.

[34]) Ueber das Vorkommen aktiver Solidarität vgl. Windscheid, Pandekten § 298, bes. A. 1.

[35]) H.G.B. Art. 103.

[36]) Vgl. die abweichende Deduktion von v. Hahn, Commentar zu Art. 97, § 1. Anschütz a. a. O. II, S. 160—176, kommt durch falsche Prämissen und Deduktionen zu untereinander nicht folgerechten, zum Theil unhaltbaren Resultaten.

[37]) Vgl. Anschütz a. a. O. S. 161 und Fr. v. Hahn a. a. O. § 3.

Die Deliktsobligation gewährt das Recht:

1. entweder, von dem Deliktsschuldner Ersatz des der Gemeinwirthschaft durch die Konkurrenz erwachsenen wirklichen Schadens und entgangenen Gewinnes zu verlangen[38])

2. oder,[39]) — und das ohne Rücksicht darauf, ob die Gemeinwirthschaft einen Schaden erlitt oder nicht — dem Deliktsschuldner bei Konkurrenzgeschäften, die er für seine eigene Rechnung machte, zu erklären, dass diese ihm gegenüber als für Rechnung der Gemeinwirthschaft geschlossen angesehen werden sollen. Den delinquirenden Gesellschafter trifft alsdann die Verpflichtung alles zu thun, was erforderlich ist, um für die Gemeinschaft das entsprechende wirthschaftliche Resultat herbeizuführen.

Ist das Geschäft schon völlig abgewickelt, so inferirt[40]) der Gesellschafter das in dem Konkurrenzgeschäft Erworbene abzüglich[41]) resp. gegen Erstattung derjenigen Auslagen, Kosten und Verluste, welche er gehabt hat, und ersetzt verlangen könnte, wenn er giltig das Geschäft von vorneherein für Rechnung der Gesellschaft geschlossen hätte.[42]) Er steht hier ähnlich wie der Gesellschafter, welcher Werthe, die er im Dienste der Gemeinwirthschaft erwarb, dennoch nicht inferirt.

Nicht so einfach erscheint das Verhältniss, wenn das Geschäft noch nicht abgewickelt ist, wenn zwischen dem Gesellschafter und Dritten noch desbezügliche Rechtsbeziehungen laufen. Die Gemeinwirthschaft soll so gestellt werden, als ob der konkurrirende Gesellschafter das Geschäft nicht für seine, sondern für ihre Rechnung gemacht hätte; schliesst ein Gesellschafter ein Geschäft ordnungsmässig von vorneherein für Rechnung der Gesellschaft, so ist er auf der einen Seite verpflichtet, alles, was er daraus erwirbt, jeweilig sofort in die Gemeinwirthschaft zu inferiren, auf der andern Seite berechtigt, die erforderlichen Mittel aus der Gesellschaftskasse zu entnehmen, und für Auslagen, Kosten oder Verluste Ersatz zu liquidiren. Doch würde das Geschäft, obgleich es durch ihn in Scene gesetzt worden ist, in seinem weiteren Verlauf nicht seinem alleinigen Willen unterliegen, auch die übrigen geschäftsführenden Gesellschafter dürften desbezügliche Dispositionen treffen. — Dieselbe Lage zwischen dem konkurrirenden Gesellschafter und seinen Genossen soll hier nachträglich eintreten. Dass der betreffende Gesellschafter seine Genossen so stellen soll, als ob das Geschäft „in dritten Personen erkennbarer Weise"[43]) für Rechnung der Gesellschaft, oder, was auf dasselbe hinauskommt, als ob es unter der Gesellschaftsfirma geschlossen ist, fordert das Gesetz nicht.

Das Ganze läuft daher regelmässig darauf hinaus, dass der delinquirende Gesellschafter das Geschäft mit deligentia quam in suis rebus[44]) zu Ende führt

---

[38]) H.G.B. Art. 97, I u. 283.

[39]) Protokolle S. 189; H.G.B. Art. 97, I „statt dessen".

[40]) Vgl. oben § 77, V u. § 86.

[41]) Dies wenn das Endresultat, wie es gewöhnlich sein wird, in Geld besteht.

[42]) H.G.B. Art. 97, I u. 93. Vgl. auch Protokolle S. 188.

[43]) H.G.B. Art. 114, II, Vgl. oben S. 331.

[44]) H.G.B. Art. 94, I.

und dessen Resultate der Gemeinwirthschaft zuweist wie vorhin; Widerspruch irgend eines der geschäftsführenden Genossen gegen einzelne von ihm beabsichtigte Akte in der Durchführung des Geschäftes würde ihn zu deren Unterlassung zwingen,[45]) handelt er dem zuwider, oder vernachlässigt er sonst die erforderliche Diligenz, so wird er für allen dadurch verursachten Schaden ersatzpflichtig.[46])

Das gleiche wirthschaftliche Ziel kann unter Umständen auch dadurch erreicht werden, dass der Gesellschafter schon sein ihm aus dem Konkurrenzgeschäft gegen seinen Kontrahenten zustehendes Recht an die Gemeinwirthschaft überweist, z. B. einem der geschäftsführenden Genossen unter der Gesellschaftsfirma cedirt, doch brauchte er sich dazu nur gegen Sicherstellung wider die Ansprüche des Dritten aus dem Konkurrenzgeschäft zu verstehen.[47])

Bisher wurde supponirt, dass der delinquirende Gesellschafter nicht socius gerens ist, oder wenigstens, dass ausser ihm noch einer seiner Genossen die Befugniss zur Geschäftsführung besitzt; wie nun, wenn das in einem Falle nicht zutrifft, z. B. in der nur aus A. und B. bestehenden Gesellschaft allein A. die Geschäftsführung hat, und gerade er ein Konkurrenzgeschäft für eigene Rechnung schloss? Da A. hier bei dem vorhin erwähnten Beschlusse nicht mitstimmen darf, so liegt solcher thatsächlich in der alleinigen Hand des B.; jenachdem es diesem gefällt, muss A. Schadensersatz leisten oder das Konkurrenzgeschäft für Rechnung der Gemeinwirthschaft zu Ende führen.

Das Recht der übrigen Gesellschafter, in ein von einem Gesellschafter für eigene Rechnung gemachtes Geschäft einzutreten, oder Schadensersatz zu fordern, erlischt, entsprechend der vorhin angenommenen aktiven Solidarität der aus der Uebertretung des Konkurrenzverbotes hervorgegangenen Deliktsobligationen, nach drei Monaten von dem Zeitpunkt an gerechnet, in welchem der letzte von ihnen von dem Abschluss des Geschäfts Kenntniss erhalten hat.[48])

3. Falls des delinquirenden Gesellschafters Gebahren bei dem Konkurrenzgeschäft genügenden Grund bietet, kann jeder der übrigen Gesellschafter die Auflösung der Gesellschaft vor Ablauf der für ihre Dauer bestimmten Zeit, oder bei Gesellschaften von unbestimmter Dauer ohne vorgängige Aufkündigung verlangen. Die Beurtheilung, ob solche Gründe anzunehmen sind, bleibt im Falle des Widerspruches dem Ermessen des Richters überlassen.[49]) Statt Auflösung kann blosse Ausschliessung des delinquirenden Gesellschafters eintreten, sofern die übrigen Gesellschafter diese einstimmig beschliessen resp. bei dem Richter beantragen.[50])

---

[45]) H.G.B. Art. 102, II u. 100, II.

[46]) H.G.B. Art. 94, II.

[47]) Vgl. v. Hahn, Commentar zu Art. 56, § 4.

[48]) A. M. Anschütz a. a. O. II, S. 174 ff. v. Hahn, Commentar zu Art. 97, § 4. — Wie die ausdrückliche Genehmigung zu Konkurrenzgeschäften Einstimmigkeit sämmtlicher übrigen Gesellschafter, desgleichen der Beschluss, ob und wie gegen den das Konkurrenzverbot übertretenden Gesellschafter reagirt werden solle, so ist hier auch Kenntniss sämmtlicher Gesellschafter und dreimonatlicher Fristablauf nöthig.

[49]) H.G.B. Art. 97, I u. 125.

[50]) H.G.B. Art. 128.

§ 89.

Die Aufnahme neuer Mitglieder. Verträge eines Gesellschafters mit dritten Personen über seinen Gesellschaftsantheil.

I. Die Offene Handelsgesellschaft ist ein Vertragsverhältniss, der Beitritt dritter Personen zu einem Vertrage setzt — mit Ausnahme der Verträge zu Gunsten dritter Personen nach einigen Rechten — stets die Mitwirkung aller Vertragspaziszenten voraus; der Eintritt, oder wie es gewöhnlich heisst, die **Aufnahme einer fremden Person in eine Offene Handelsgesellschaft** fordert demgemäss Zustimmung aller augenblicklichen Mitglieder. Die negative Fassung der hier einschlägigen selbstverständlichen Norm des A. d. H.G.B.: „Ein Gesellschafter kann ohne die Einwilligung der übrigen Gesellschafter keinen Dritten in die Gesellschaft aufnehmen,“ [1]) scheint durch die Absicht veranlasst zu sein, der Ansicht den Weg zu verlegen, es sei die Aufnahme neuer Gesellschafter ein Akt der Geschäftsführung.

In Anlehnung an die eben zitirte Bestimmung hat man die **Frage** aufgeworfen bez. beantwortet, **ob ein Offener Gesellschafter einseitig einen Kommanditisten oder einen Stillen Gesellschafter aufnehmen könne.** [2]) Das A. d. H.G.B. selbst denkt in Art. 98 an derartige Fälle gar nicht, es spricht ausdrücklich von der Aufnahme in „die Gesellschaft“ d. h. doch offenbar „in die Offene Gesellschaft“, so dass der Dritte selber auch Offener Gesellschafter wird. Nimmt eine Offene Handelsgesellschaft giltiger Weise wirklich Jemanden als Kommanditisten oder Stillen Gesellschafter auf, dann handelt es sich nicht um eine Vermehrung der Mitglieder der Offenen Gesellschaft, sondern es wird ein Vertrag geschlossen über eine neue Kommanditgesellschaft oder eine neue Stille Gesellschaft, in welcher der eine Kontrahent, die Offene Handelsgesellschaft, Komplementar bez. Geschäftsinhaber, der Gegenkontrahent, der Dritte, Kommanditist oder Stiller Gesellschafter ist. Mithin läge ein Akt der Geschäftsführung vor, aber sicherlich wird Niemand zweifeln, dass der Abschluss solcher Verträge kaum jemals zu den Geschäften gehört, welche der „gewöhnliche“ Betrieb des Handelsgewerbes [3]) der Offenen Gesellschaft mit sich bringt, dann aber fordert die sg. Aufnahme dritter Personen zu Stillen Gesellschaftern oder Kommanditisten vorgängigen einstimmigen Beschluss sämmtlicher Mitglieder der O.H.G. [4])

II. Wohl zu unterscheiden von solchen Verträgen, welche einen Dritten in direkte Verbindung zur Gesellschaft setzen, sei es als deren wirkliches

---

[1]) H.G.B. Art. 98, I.

[2]) Vgl. v. Hahn, Commentar zu Art. 98, § 1, Not. 1. Puchelt, Commentar zu Art. 98, 1. R.O.H.G. XIII, S. 63 ff.

[3]) H.G.B. Art. 103.

[4]) Den mehrfach adoptirten Deduktionen des R.O.H.G. XIII, S. 63 ff. kann daher m. E. nicht zugestimmt werden. S. unten Not. 8.

Mitglied oder als deren Gegenkontrahenten, Kommanditisten oder Stillen Gesellschafter, sind Verträge, welche ein Gesellschafter über seinen Geschäftsantheil [5]) schliesst. Seine Disposition über diesen Theil seines Vermögens, ist, so lange die Gesellschaft dauert, nach positivem Recht eine sehr gebundene; zwar kann er ganz nach Willkür über die in seinem Geschäftsantheil steckenden sg. Zinsen des letztverflossenen Geschäftsjahres verfügen, aber schon den ihm gutgeschriebenen Gewinnantheil derselben Periode darf er der Gemeinwirthschaft nur entziehen, soweit es nicht zu deren offenbaren Nachtheil gereicht, und den sonstigen Bestand, also gerade den eigentlichen Stock des Geschäftsantheils muss er in der Gemeinwirthschaft stehen lassen, er darf ihn ohne Einwilligung sämmtlicher Genossen weder herausnehmen, noch auch nur vermindern; scheidet er persönlich aus, oder wird er ausgeschlossen, so hat er in dubio nur auf einen den Werth des Geschäftsantheils darstellenden Betrag in Geld Anspruch, bei vollständiger Auflösung der Gesellschaft nur auf seinen Liquidationsantheil. [6]) Ueber diese Grenzen kann ein Offener Gesellschafter auch in seinen Verträgen mit dritten Personen [7]) nicht hinaus, innerhalb derselben hat er freie Bewegung. [8]) Aber aus einem solchen Vertrage, mag dieser einen Inhalt haben, welchen er will, erlangt der Dritte ein Recht stets nur gegen seinen Kontrahenten, niemals unmittelbar gegen dessen Genossen, [9]) gegen die Gesellschaft; höchstens kann er actione cessa gegen sie klagen.

Die hier einschlägigen Verträge statuiren entweder eine Abtretung oder eine gesellschaftliche Betheiligung. Bezieht sich erstere nur auf Zinsen oder Gewinnantheile z. B. des letztverflossenen, des laufenden, oder eines späteren Jahres, so kann der Dritte seiner Zeit entweder von seinem Schuldner verlangen, dass dieser, so weit es nach Obigem zulässig ist, die betreffenden Beträge abhebt und ihm aushändigt, oder actione cessa selber gegen die Gesellschaft auf Auszahlung klagen; bezieht sie sich auf den eigentlichen Stock des Geschäftsantheils, so kann der Dritte erst nach Auflösung der Gesellschaft oder nach dem Ausscheiden bez. nach der Ausschliessung seines Kontrahenten, Herausgabe von dessen Liquidations- oder Abfindungsantheils in der vorhin angegebenen Weise fordern. — Die gesellschaftliche Betheiligung erfolgt in der Weise, dass der Dritte mit seinem Gegenkontrahenten eine neue civilrechtliche Gesellschaft eingeht, laut welcher, was letzterem in der Offenen Handelsgesellschaft an Zinsen und Gewinn resp. Verlust zugeschrieben wird, als Erwerb resp. Verlust der zweiten Gesellschaft behandelt wird; dass analog auch der Liquidationsantheil

---

[5]) Ueber den Begriff „Geschäftsantheil" vgl. oben § 87.

[6]) Vgl. oben S. 355 f. H.G.B. Art. 108, 131, 141.

[7]) Oder auch mit einem seiner Genossen. Vgl. Thöl, Handelsrecht § 95.

[8]) Gareis, Lehrbuch § 28, Nr. 5 findet im A. d. H.G.B. folgenden Inhalt: Jeder Gesellschafter ist verpflichtet, sich der Abtretung seines Gesellschaftsantheils oder der Aufnahme eines neuen Mitglieds in die Gesellschaft zu enthalten; die übereinstimmende Einwilligung der übrigen Gesellschafter kann von dieser Pflicht entbinden.

[9]) H.G.B. Art. 98, II.

und Betrag der Abfindung behandelt wird, bedarf als einfacher Konsequenz kaum der Erwähnung.[10])

Der Abschluss solcher zweiten Gesellschaft kann nach Fr. v. Hahn[11]) auch so geschehen, „dass ein Theilnehmer einer bestehenden (Offenen) Handelsgesellschaft mit einem Dritten eine neue Gesellschaft (Handelsgesellschaft, Stille Gesellschaft oder sonstige Gesellschaft) zur Erreichung eines beliebigen Zweckes durch gemeinschaftliche Mittel eingeht, und dass er als seine Einlage in diese Gesellschaft alles dasjenige einzuschiessen verspricht, was er aus der ersten Gesellschaft erhält." Aber m. E. liegt hier gar keine über den Geschäftsantheil in der Offenen Handelsgesellschaft errichtete zweite Gesellschaft vor, sondern höchstens eine in der Form eines Gesellschaftsvertrages erscheinende Abtretung des Geschäftsantheils,[12]) falls er ein Aktivsaldo ist, oder genauer nur Verpflichtung zur Illation der betreffenden Beträge. Die Kapitaleinlage ist nicht selbst Zweck einer Gesellschaft, sondern nur ein Mittel zu deren Zweck.

Sowohl die Abtretungs- wie die neuen Gesellschaftsverträge gehen, selbst wenn es sich nicht auch um Passivsaldi handelt, auf unbestimmte Summen, es sei denn, erstere erstreckten sich nur auf die sg. Zinsen des verflossenen oder des laufenden Jahres; deshalb ist der Dritte berechtigt, von seinem Gegenkontrahenten Rechnungslegung zu fordern, und letzterer schuldig sie zu gewähren, dies jedoch nur so weit er es thun kann, ohne die ihm aus der Offenen Handelsgesellschaft gegenüber seinen Genossen obliegende Pflicht der Verschwiegenheit zu verletzen;[13]) nach einem Erkenntniss des R.O.H.G. wird der Dritte sich „mit der Manifestirung der allgemeinen Resultate der Jahresbilanzen dann begnügen müssen, wenn sie den Betrag der jedesmaligen Aktiv- und Passivmasse, sowie des danach resultirenden Schlusssaldo ergibt, und mit den, auf Grund dieser Abschlüsse nach Art. 106 f. A. d. H.G.B. angelegten Jahresberechnungen über den durch die ursprünglichen Einlagen, sowie die einzelnen Nachschüsse an Kapital und Zinsen gebildeten vollen Antheil des Gegenkontrahenten am Gesellschaftsvermögen, sowie über dessen jedesmaligen Gewinnbetrag verbunden ist." — Ein Recht auf eigene Einsicht der Bücher der Offenen Handelsgesellschaft hat der Dritte nicht.[14])

---

[10]) Die Fassung von Fr. v. Hahn, Commentar zu Art. 98, § 4 ist zu eng. — Protokolle S. 191: „es müsse erwogen werden, dass die Bestimmung des Artikels (98) gewiss nur den Fall im Auge habe, der auch im römischen Recht vorgesehen sei, den Fall nemlich, in welchem sich ein Gesellschafter zu seinem Antheile einen Gesellschafter angenommen habe. Es wurde hierauf unter Anerkennung der Richtigkeit dieses Bedenkens u. s. w.

[11]) Commentar zu Art. 98, § 3.

[12]) Vgl. oben §§ 78 u. 85.

[13]) Preuss. Entw., Motive S. 57 und die dort Zitirten. Anschütz a. a. O. II, S. 78, III. v. Hahn, Commentar zu Art. 98, § 5. Thöl, das Handelsrecht § 95. Endemann, Lehrbuch § 40, V.

[14]) H.G.B. Art. 98, II, letzter Satz. R.O.H.G. XXIII, S. 120 ff.

E. Rechtsverhältniss zwischen dritten Personen und den Gesellschaftern.

§ 90.

1. Normirung desselben.

Die Rechtsnormen, welche das A. d. H.G.B.[1]) über das Rechtsverhältniss zwischen dritten Personen und den Mitgliedern einer Offenen Handelsgesellschaft aufstellt, tragen den Karakter von leges cogentes; sie geben hauptsächlich Bestimmungen über die gegenseitige Haft der Gesellschafter Dritten gegenüber. über die Art und Weise, wie Dritte mit den Gesellschaftern die Gemeinwirthschaft betreffende Geschäfte giltig eingehen und geltend machen können, bez. deren Geltendmachung durch jene nachkommen müssen oder können; sie kommen in Anwendung, sobald die Gesellschafter bezüglich der Gemeinwirthschaft mit Dritten in rechtlichen Konnex treten.

Das geschieht, sobald in ordnungsmässiger giltiger Weise[2]) eine Rechtshandlung unter der Gesellschaftsfirma oder in Dritten sonst erkennbarer Weise für Rechnung der Gesellschaft oder Gemeinwirthschaft vorgenommen wird.[3]) Mitwirkung welcher Gesellschafter diese Giltigkeit verlangt, das ist bei den einzelnen Handlungen verschieden,[4]) stets aber wird vorausgesetzt, dass die betreffenden Gesellschafter derartige Handlungen sich nicht früher erlauben, als es der Gesellschaftsvertrag oder spätere Uebereinkunft aller Gesellschafter bestimmt,[5]) vorzeitige Handlungen gehen nicht für Rechnung der Gemeinwirthschaft, stellen keinen Geschäftsbeginn der Gesellschaft dar.[6]) Die blosse Erklärung, welche ein oder auch alle Gesellschafter Dritten gegenüber abgeben, dass sie mit einander eine Offene Handelsgesellschaft geschlossen haben, hat nicht den Karakter von Rechtshandlungen, die den Geschäftsbeginn manifestiren,

---

[1]) Art. 110—122.

[2]) Innere Gültigkeit der Handlung selbst braucht nicht vorzuliegen. Vgl. R.O.H.G. XII, S. 108 „nicht die Rechtsgültigkeit des Accepts, sondern nur dessen Existenz und Circulation ist erheblich.“

[3]) So die Note vorher, R.O.H.G. I, S. 132 u. 258 ff., VII, 430 ff.

[4]) Details s. in den folgenden Paragraphen.

[5]) R.O.H.G. XII, S. 410: der Konsens der Socien braucht nicht ausdrücklich oder speziell ertheilt zu werden, es ist vielmehr selbstverständlich, dass es nur auf die Existenz der Willensübereinstimmung ankommt, und dass diese aus dem Verhalten der Socien (Versendung von Circularen, Aushängung eines Schildes mit der gemeinschaftlichen Firma, Gebrauch der letzteren abseiten auch der übrigen Socien, Ratihabition etc.) geschlossen werden. v. Hahn, Commentar zu Art. 110, § 4. R.O.H.G. XV, S. 20 f. XVII, S. 354 f.

[6]) R.O.H.G. XII, S. 411: „Für ein Geschäft, durch welches eine nicht eingetragene, nicht publizirte Handelsgesellschaft nach aussen erst konstituirt, geöffnet werden soll, kann nur die vertragsmässige Berechtigung des Handelnden entscheiden.“ 410 „vorher bemerkte vertragswidrige Akte .... präjudiziren der Gesellschaft als solcher nicht.“

doch kann sie eventuell anderweite, nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu bemessende Rechtswirkungen erzeugen. [7])

Es ist für eine Eröffnungshandlung nicht erforderlich, dass sie zu dem Kreise von Geschäften gehört, deren gewerbemässigem Betriebe die Gesellschaft sich widmen soll, ja nicht einmal, dass sie überhaupt ein Handelsgeschäft ist, sie braucht nur in Dritten erkennbarer Weise zur Gemeinwirthschaft zu gehören, z. B. diese vorzubereiten oder einzurichten, wie Verträge über Ankauf eines Hauses für die Geschäftslokalitäten, einer Maschine, Utensilien u. s. w. [8]) Eine Eröffnungshandlung, ohne ein Handelsgeschäft zu sein, bildet auch die in erster Linie freilich nicht dem Privatrecht, sondern dem öffentlichen Recht angehörende ordnungsmässige Anmeldung der geschlossenen Offenen Handelsgesellschaft zum Handelsregister; sie ist keine blosse Erklärung über den Abschluss der Gesellschaft wie vorhin, sondern ein auf die Gesellschaft selbst bezüglicher, für Rechnung der Gemeinwirthschaft — soweit die Kosten in Betracht kommen — von sämmtlichen Mitgliedern der Gesellschaft vollzogener Rechtsakt. [9])

Dass in Wahrheit die Anmeldung und nicht, wie Art. 110 I des A. d. H.G.Buches annimmt, die der Anmeldung ex officio unmittelbar anzuschliessende „Eintragung in das Handelsregister“ das treibende Element ist, dafür spricht auch der Umstand, dass das Gesetz gar nicht die Publikation des Eintrags fordert, wie es doch sein müsste, wenn wirklich mit Rücksicht auf das Publikum die Eintragung die Offene Handelsgesellschaft im Verhältniss zu dritten Personen in rechtliche Wirksamkeit setzte.

Die positivrechtliche Bestimmung: [10]) „Die Beschränkung, dass die Gesellschaft erst mit einem späteren Zeitpunkte, als dem der Eintragung, ihren Anfang nehmen soll, hat gegen dritte Personen keine rechtliche Wirkung,“ erscheint bei der eben vertretenen Auffassung lediglich als deren nothwendige Konsequenz.

§ 91.

Abschluss von Verträgen und Vornahme anderer Rechtshandlungen.

I. Sicherlich würde es der Mühe lohnen, die verschiedenen Rechtsgeschäfte und -Handlungen gesondert zu besprechen, aber da das die hier gezogenen Grenzen überschreiten würde, überdies der Betrieb eines Handelsgewerbes sich vorwiegend in den Formen von Verträgen bewegt, und die andern Rechtshandlungen bezüglich der Punkte, welche hier zur Sprache zu bringen wären, denen analog gehalten werden dürfen, so fassen die folgenden Ausführungen

---

[7]) R.O.H.G. XIII, S. 375. v. Hahn, Commentar zu Art. 110, § 6; R.O.H.G. XXIII, S. 280 ff. u. XXIV, S. 319 ff.

[8]) Anschütz a. a. O. II, S. 230 f. v. Hahn, Commentar zu Art. 110, § 3.

[9]) H.G.B. Art. 86 u. 88. Vgl. oben S. 347.

[10]) H.G.B. Art. 110, II.

fast lediglich die Verträge ins Auge,[1]) und gehen auf andere Rechtshandlungen nur so weit ein, wie Bestimmungen des A. d. H.G.B. sie speziell erwähnen.

Die Ueberschrift lässt sich auch durch die Frage ersetzen: welches sind die der Offenen Handelsgesellschaft karakteristischen Voraussetzungen giltigen Abschlusses von Verträgen zwischen dritten Personen und der Offenen Handelsgesellschaft, so dass, falls der Dritte daraus berechtigt, er in dubio jeden Gesellschafter solidarisch, falls er daraus verpflichtet ist, umgekehrt die Gesellschaft ihn um Erfüllung angehen und beklagen kann.

II. Die Antwort geben unter Betonung des Standpunktes der dritten Personen folgende Betrachtungen:

1. Gesetzlich hat jedes Mitglied einer Offenen Handelsgesellschaft die Pflicht und das Recht, mit Dritten für Rechnung der Gesellschaft Verträge zu schliessen. Aber das lediglich dispositive Gesetz ergänzt nur den Gesellschaftsvertrag, daher bleibt es den Gesellschaftern unbenommen, beliebige Abweichungen zu vereinbaren, durch die sie dann gegenseitig auch gebunden sind, und bei Ueberschreitung einander wegen Verletzung des Gesellschaftsvertrages verantwortlich werden.[2])

Dritten Personen kann unmöglich zugemuthet werden, vor jedem Vertrage Nachforschungen darüber anzustellen, welche Abweichungen von der eben genannten gesetzlichen Regel die Gesellschafter beliebt haben,[3]) ein Dritter braucht sich um solche Verabredungen prinzipiell nicht zu kümmern. Daher **genügt** es für ihn, trotz gegentheiliger Verabredung der Gesellschafter, **den Vertrag mit irgend einem der Gesellschafter abzuschliessen**; das **gilt** für **alle Verträge**, nicht blos für solche, welche der Betrieb eines Handelsgewerbes überhaupt, oder gar nur der dieser Handelsgesellschaft mit sich bringt. Bezüglich einiger Verträge und anderer Rechtshandlungen wiederholt das H.G.Buch diese seine generelle Bestimmungen noch speziell; so **bezüglich der Behändigung von gerichtlichen Vorladungen und andern Zustellungen** für die Gesellschaft;[4]) ferner bezüglich **anderer Akte vor Gericht**,[5]) besonders des Auftretens in aktiver oder passiver Prozessrolle;[6]) desgleichen bezüglich solcher **Verträge, welche eine Veräusserung oder Belastung von Grundstücken der Gesellschaft bezwecken**;[7]) endlich bezüglich der **Ertheilung und Einziehung der Prokura.**[8]) Der Vertrag ist giltig, und macht, Ordnungsmässigkeit auch des zweiten unten zu besprechenden Er-

---

[1]) Das A. d. H.G.B. verfährt prinzipiell ebenso; vgl. H.G.B. Art. 114 I mit 114 II., dazu Fr. v. Hahn, Comm. zu Art. 114, § 4; H.G.B. Art. 115.

[2]) H.G.B. Art. 90.

[3]) Vgl. v. Hahn, Comm. zu Art. 116, § 5.

[4]) H.G.B. Art. 117, II. Die Vorladung eines Gesellschafters zur Eidesleistung in einer Gesellschaftsangelegenheit muss an ihn selbst gerichtet, darf nicht an einen seiner Gesellschafter gerichtet werden. R.O.H.G. XIII, S. 60 ff.

[5]) H.G.B. Art. 117, I.

[6]) Ueber die juristische Konstruktion dieser Erscheinung vgl. § 92.

[7]) H.G.B. Art. 114, I.

[8]) H.G.B. Art. 118 verglichen mit Art. 46. S. auch oben S. 279 ff., dazu S. 360 f. und unten in diesem Paragraphen.

fordernisses vorausgesetzt, alle Gesellschafter dem dritten direkt, solidarisch, illimitirt haftbar; lediglich innere Angelegenheit, Sache des kontrahirenden Gesellschafters ist es, sich bezüglich etwaiger Uebertretung des Gesellschaftsvertrages mit seinen Genossen auseinanderzusetzen.

Nur **in drei**, eigentlich sogar nur in zwei **Fällen** stellt **das** Gesetz den Dritten weniger günstig, **fordert** es von ihm, dass er, statt jener bequemen abstrakten Regel zu folgen, **sich nach der konkreten Verabredung der Gesellschafter richte**; nemlich dann, wenn der Gesellschaftsvertrag oder spätere Vereinbarung

einen oder mehrere Gesellschafter von der Geschäftsvertretung ausschliesst,[9])

oder an Stelle der gesetzlichen solidaren eine kollektive Geschäftsvertretung setzt,[10])

oder beides miteinander kombinirt.

Kennt der Dritte solche Vertragsbestimmung, oder war sie in das Handelsregister eingetragen und publizirt, dann ist sie auch für ihn massgebend,[11]) und nur der Vertrag ist giltig, den er mit einem von der Geschäftsvertretung nicht ausgeschlossenen, oder bei Kollektivvertretung mit der vorgeschriebenen Zahl von vertretungsbefugten Gesellschaftern schliesst.[12])

Begründen jedoch die Umstände die Annahme, dass der Dritte solche Verabredung der Gesellschafter trotz Registrirung und Publikation nicht gekannt hat, noch habe kennen müssen, dann bleibt es für ihn bei der obigen Regel. — Desgleichen wenigstens thatsächlich dann, wenn der Dritte trotz mangelnder Registrirung und Publikation solche Verabredung dennoch kannte, aber die Gesellschafter den ihnen darüber gesetzlich obliegenden Beweis nicht zu führen vermögen.[13])

Verabredungen mit anderem Inhalte als der drei vorerwähnten Ausnahmen braucht weder der Dritte, wenngleich die Gesellschafter sich durch sie gegenseitig völlig giltig binden, jemals zu beachten,[14]) noch darf der Richter sie in das Handelsregister eintragen;[15]) das würde man mit Rücksicht auf die historische Entwickelung der Offenen Handelsgesellschaft[16]) selbst dann annehmen müssen, wenn das Gesetz es nicht noch besonders hervorhöbe.[17])

Nicht selten werden von den hierher gehörigen Fällen andere nicht genügend geschieden, in denen der zwischen dem Dritten und einem Gesellschafter für Rechnung der Gesellschaft geschlossene Vertrag, dessen Genossen gegenüber

---

[9]) H.G.B. Art. 100 zu 114 u. 115.

[10]) H.G.B. Art. 86, Nr. 4.

[11]) H.G.B. Art. 86, II, Nr. 4, 87, 115.

[12]) H.G.B. Art. 115. v. Hahn, Commentar, Vorbemerkung für B. I, tit. II, § 6 ff. u. zu Art. 115, § 8 ff. Wendt oben S. 279 f. Für Zustellungen im Prozess genügt auch bei Kollektivvertretung Behändigung an Einen der vertretungsbefugten Gesellschafter. R.C.Pr.O. § 157.

[13]) H.G.B. Art. 115. 86, Nr. 4. 87 u. 46.

[14]) Vgl. die Citate zu Not. 9.

[15]) Dennoch eingetragen sind sie wirkungslos R.O.H.G. VI, 139 f.

[16]) Vgl. oben § 79, bes. S. 331—333.

[17]) H.G.B. Art. 116.

seine Wirkung zwar ebenfalls einbüsst, aber aus ganz anderem Grunde. Es kommt vor, dass Jemand mit einem Gesellschafter für Rechnung der Gesellschaft einen Vertrag schliesst in der Absicht, sich zu deren Nachtheil einen rechtswidrigen Vermögensvortheil zu verschaffen; selbstverständlich kann dann schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen sein dolus gegen ihn geltend gemacht werden, und dies nicht blos dann, wenn sein Gegenkontrahent die im Gesellschaftsvertrage gezogenen Vertretungsgrenzen überschritt und er selbst das wusste, oder beide mit einander unter einer Decke spielten, sondern auch dann, wenn jener formell innerhalb der Grenzen blieb.[18])

a. Dieselben Wirkungen wie mit den Gesellschaftern selbst abgeschlossene Verträge erzeugen auch **Verträge, die der Dritte mit Handlungsbevollmächtigten,** besonders mit **Prokuristen**, wie es heisst **der Gesellschaft, abschliesst.** Vergebens sucht man in der Literatur nach einer juristischen Konstruktion dieses Vertretungsverhältnisses; sie gipfelt in der Frage, **wessen Vertreter ist der sg. Gesellschaftsbevollmächtigte?** Wer die Offene Handelsgesellschaft für eine juristische Person hält, muss eben diese als Vollmachtgeberin erklären. Wer die Offene Handelsgesellschaft eine blosse Summe von Personen, die Gesellschaftsfirma volle oder abgekürzte Summe der Namen aller Gesellschafter nennt, alle Gesellschafter für geborne oder stillschweigend ernannte gegenseitige Bevollmächtigte oder Stellvertreter hält, muss die sg. Gesellschaftsbevollmächtigten für direkte Vertreter der Summe aller Gesellschafter erklären.

Da nach heutiger Anschauung in dubio jeder von der Geschäftsführung oder Vertretung nicht ausgeschlossene einzelne Gesellschafter allein — bez. bei Kollektivvertretung je mehrere[19]) Gesellschafter in Gemeinschaft — giltig einen sg. Gesellschaftsbevollmächtigten bestellen darf,[20]) so würde man den Rückschluss ziehen dürfen, dass es in der Hand jedes einzelnen, oder je mehrerer Gesellschafter liege, allen ihren Mitgesellschaftern wider deren Willen Vertreter zu ernennen, ein Satz, den das Civilrecht sonst nicht kennt, und den man seiner Abnormität halber auch hier nur dann annehmen dürfte, wenn das Gesetz ihn ausdrücklich statuirte; das thut es nicht. — Damit kommt auch die Prämisse ins Schwanken, dass der sg. Gesellschaftsbevollmächtigte der direkte juristische Stellvertreter sämmtlicher Gesellschafter ist.

Man bedarf dieser Prämisse gar nicht. Nach früheren Ausführungen tritt der Gesellschafter in den Verträgen mit dritten Personen als Selbstkontrahent auf;[21]) die sg. Gesellschaftsfirma ist ursprünglich nur eine Rechnungsbezeichnung, sie deutet an, dass das Geschäft des kontrahirenden Gesellschafters für Rechnung der Gemeinwirthschaft geht, später dient sie in der Unterschrift

---

[18]) v. Hahn, Commentar zu Art. 116, § 7. Thöl, Handelsrecht § 96, S. 327 f. R.O.H.G. VI, 131 ff. VII, 403 f. — IX, 429 ff. Ueber die Literatur in dieser Frage vgl. R.O.H.G. VI, 134 u. 135. VII, 404. XIX, 335 f.

[19]) Je welche Zahl dazu erforderlich ist, braucht hier nicht wieder beachtet zu werden.

[20]) H.G.B. Art. 118 u. 114 Protokolle S. 204.

[21]) S. oben S. 330 ff. bes. 332 u. S. 361.

zugleich als Ersatz der Namensunterschrift des kontrahirenden Gesellschafters.[22]) Sind diese Sätze richtig, dann ist auch der sg. **Gesellschaftsbevollmächtigte Stellvertreter lediglich des oder der ihn ernennenden Gesellschafter.** Gesellschaftsbevollmächtigter heisst er, nicht weil er der juristische Vertreter der Offenen Handelsgesellschaft als juristischer Person, oder sämmtlicher Gesellschafter ist, sondern weil er bevollmächtigt ist, — an Stelle eines oder mehrerer Gesellschafter — Geschäfte für Rechnung der Gemeinwirthschaft oder Gesellschaft zu schliessen.

Veranlassung, für den Verkehr mit Dritten in Angelegenheiten der Gemeinwirthschaft sich einen Stellvertreter zu ernennen, hat selbstverständlich nur ein Gesellschafter, welchem die Geschäftsführung und Vertretung der Gemeinwirthschaft rechtlich zusteht, ein Recht, das in dubio jeder Gesellschafter, und zwar solidarisch hat, so dass folgeweise **in dubio auch jeder einzelne Gesellschafter die Befugniss besitzt, Gesellschaftsbevollmächtigte zu ernennen.** Wer selber von der Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossen ist, kann natürlich sich darin von Andern nicht vertreten lassen. **Der Gesellschaftsbevollmächtigte kann** daher **nur der Vertreter von geschäftsführenden Gesellschaftern sein.**

b. Die Absetzung eines Gesellschaftsbevollmächtigten könnte streng genommen nur von dem Gesellschafter ausgehen, der ihn ernannt hat, dennoch liegt die Sache — wohl abweichend von früher — heute etwas anders. Der redliche Dritte darf bis zu einem gewissen Grade von der äusseren Erscheinung auf den inneren Sachverhalt zurückschliessen, die Form für den adäquaten Ausdruck des Inhalts nehmen, das jus formale, nicht das jus materiale findet auf ihn Anwendung.[23]) Das wirkt auch hier ein. Ursprünglich wird der Gesellschaftsbevollmächtigte im Namen seines oder seiner Vollmachtgeber, aber unter Angabe erstens seines Stellvertretungsverhältnisses, zweitens dessen, dass das Rechtsgeschäft für Rechnung der Gesellschaft NN gehe, geschlossen haben, später dagegen, als der Gesellschafter selber seine für Rechnung der Gemeinwirthschaft gehenden Verträge einfach mit der sg. Gesellschaftsfirma unterschrieb, zeichnete auch er schlechtweg wie sein Prinzipal mit der Gesellschaftsfirma unter Anfügung eines sein Stellvertretungsverhältniss andeutenden Zusatzes. Durch diese Formänderung tritt der Gesellschaftsbevollmächtigte formell zu den Genossen seines Vollmachtgebers in eine nähere als die frühere lediglich mittelbare Beziehung; der Dritte[24]) vermag jetzt meistens ohne besondere Nachforschung nicht mehr zu erkennen, in Vollmacht welches oder welcher der mehreren Gesellschafter der mit ihm kontrahirende Gesellschaftsbevollmächtigte handelt, die Gesellschaftsbevollmächtigten zeichnen trotz der Verschiedenheit ihrer Vollmachtgeber alle

---

[22]) S. oben S. 331. Um die Obligirung herbeizuführen kommt es nicht auf den Namen des Kontrahenten, sondern auf dessen Willenserklärung, ebenso nicht auf den Namen in der Unterschrift, sondern auf das Unterschreiben an.

[23]) Vgl. z. B. H.G.B. Art. 20, 25, 43, 46, 115 u. s. w. Zahlreiche Beispiele bietet auch das moderne Immobiliarsachenrecht z. B. das Preuss. Eigenthums-Erwerbsgesetz v. 5. Mai 1872.

[24]) Vgl. Protokolle 1006.

bis auf den eigenen Namen in völlig gleicher Form, jeder von ihnen erscheint deshalb de jure formali als Bevollmächtigter jedes beliebigen geschäftsführenden Gesellschafters. Weder können dem Dritten vor jedem Rechtsgeschäft solche Nachforschungen zugemuthet werden, noch verträgt der Handelsverkehr dergleichen; folgedessen darf der Dritte in dubio den von irgend einem (geschäftsführenden) Gesellschafter bestellten Gesellschaftsbevollmächtigten als solchen jedes beliebigen geschäftsführenden Gesellschafters ansehen. In Konsequenz dessen darf er auch den von irgend einem der (geschäftsführenden) Gesellschafter für abgesetzt erklärten Gesellschaftsbevollmächtigten nicht mehr als solchen betrachten, und nicht mehr mit ihm kontrahiren. Das heisst: **dritten Personen gegenüber hat in dubio jeder** (geschäftsführende) **Gesellschafter die Befugniss Gesellschaftsbevollmächtigte zu ernennen und abzusetzen.**[25])

Mit diesen Resultaten stimmt auch das A. d. H.G.B. überein. Ueber die einfachen Gesellschaftsbevollmächtigten schweigt es zwar, aber was es von dem Prokuristen sagt, muss mit Ausnahme der Spezialbestimmungen doch auch für jene gelten. Die ausdrücklichen Normen des Gesetzes, wie auch seine Vorarbeiten, die Protokolle, bestätigen, dass nur die geschäftsführenden Gesellschafter Gesellschaftsbevollmächtigte ernennen und abberufen können und zwar jeder einzelne allein.[26]) Die bezüglich des Prokuristen[27]) für das Verhältniss der Gesellschafter untereinander gegebene, jedenfalls nicht prinzipielle Abweichung, dass der Gesellschafter, welcher einen Prokuristen ernennen will, die Einwilligung aller übrigen (geschäftsführenden) Gesellschafter einholen muss, ist hier gleichgiltig.

Führen die obigen Deduktionen demnach wirklich genau zu den Bestimmungen des A. d. H.G.B., dann rechtfertigt sich auch das Verfahren, mit Hilfe eben jener Deduktionen etwaige Lücken des Gesetzes auszufüllen, und Kontroversen zu entscheiden.

c. Die Verabredung der **Kollektivität** in Geschäftsführung und Vertretung hindert den einzelnen geschäftsführenden Gesellschafter nicht, einen Gesellschaftsbevollmächtigten zu ernennen, sie enthält lediglich eine subjektive Beschränkung der Gesellschafter des Inhalts, dass zur giltigen Vornahme eines Geschäfts für Rechnung der Gemeinwirthschaft stets gemeinsames Handeln mehrerer Gesellschafter nöthig ist.

Die Bestellung eines Gesellschaftsbevollmächtigten ist ursprünglich eine Angelegenheit, welche jeder Gesellschafter mit sich allein abzumachen hat, sie ist nicht selbst ein Akt der Geschäftsführung, sondern berührt nur die Art und Weise der Geschäftsführung des betreffenden Gesellschafters. An Stelle von je

---

[25]) Oben S. 360 f. wurde für das Verhältniss der Gesellschafter untereinander zwischen Gehilfen und Prokuristen unterschieden, hier, dritten Personen gegenüber kommt überall das Vollmachtsverhältniss in Betracht.

[26]) Protokolle S. 194 f. u. 204 u. H.G.B. Art. 114 u. 118.

[27]) H G.B. Art. 104 u. 118. v. Hahn, Commentar zu Art. 104, § 5 oben § 361.

mehreren Gesellschaftern können deshalb auch die Gesellschaftsbevollmächtigten mehrerer Gesellschafter kollektiv Geschäfte für Rechnung der Gemeinwirthschaft führen und abschliessen. Der einzelne Gesellschaftsbevollmächtigte ist bei ordnungsmässig statuirter Kollektivität der Geschäftsführung und Vertretung dazu ebenso wenig befugt wie der einzelne Gesellschafter, sein Vollmachtgeber, allein.

Ganz anders liegt die Sache, wenn mehrere Gesellschafter — selbstverständlich in der für die Kollektivität erforderlichen Zahl — ein und dieselbe Person zu ihrem Gesellschaftsbevollmächtigten ernennen. Solch ein Gesellschaftsbevollmächtigter handelt an Stelle mehrerer kollektiver Gesellschafter, seine Befugniss für Rechnung der Gesellschaft zu handeln, beruht nicht auf Einem Akt kollektiver Geschäftsführung, auf Einer Vollmachtsertheilung, sondern auf Mehreren, allerdings übereinstimmenden Vollmachten Mehrerer Gesellschafter; er ist Mehrfacher Gesellschaftsbevollmächtigter.

Von hier aus erhält auch die bekannte Streitfrage ihre Lösung, ob — wie hier deutlicher gesagt sei — trotz verabredeter Kollektivität der Geschäftsführung und Vertretung ein einzelner der geschäfts- und vertretungsbefugten Gesellschafter einen Prokuristen so ernennen könne, dass dieser allein für Rechnung der Gesellschaft Rechtsgeschäfte mit voller Wirkung schliessen könne. Die entsprechende Frage wird auch bezüglich der Absetzung eines ordentlich ernannten Prokuristen aufgeworfen.

Die Einen [28]) verlangen sowohl zur Ertheilung wie Aufhebung der Gesellschaftsprokura kollektives Zusammenwirken mehrerer Gesellschafter; zu dieser Ansicht kommen sie nur, weil sie Bestellung und Absetzung eines Gesellschaftsprokuristen für einen Akt der Geschäftsführung halten. Andere [29]) behaupten, dass jeder einzelne (geschäftsführende) Gesellschafter Gesellschaftsprokuristen ernennen und abberufen könne. Die obigen Deduktionen fordern bezüglich des Rechtsverhältnisses der Gesellschafter unter einander Ernennung des Prokuristen durch eine Kollektivzahl von Gesellschaftern, für die Absetzung dagegen würde Widerruf Eines der geschäftsführenden Gesellschafter genügen, denn damit würde die Kollektivität der Vertretung hinfällig. Dritten gegenüber gilt das gleiche, denn die aus ordnungsmässig statuirter Kollektivität der Geschäftsführung und Vertretung hervorgehenden Beschränkungen müssen auch Dritte beachten.

Noch eine andere Streitfrage [30]) mag hier des Zusammenhanges halber berührt werden. Entgegen keineswegs vereinzelten Fällen der Praxis verwirft die Literatur ganz allgemein eine Kollektivvertretung der Art, dass, wie es heisst, die Gesellschaft durch je zwei Gesellschafter, oder einen Gesellschafter

---

[28]) v. Hahn, Commentar zu Art. 118 u. 115, § 8.

[29]) v. Kräwel, in Busch Archiv B. IV, S. 36—39 u. Anschütz a. a. O. II, S. 254, § III.

[30]) Vgl. Anschütz a. a. O., II, S. 206 ff., § III u. v. Hahn, Commentar zu Art. 115, § 10.

und einen Prokuristen, oder umgekehrt vertreten werde. Erkennt das A. d. H.G.B. erstens kollektive Geschäftsführung bez. -vertretung an, ist zweitens der Gesellschaftsprokurist materiell[31]) Vertreter nur des oder der ihn ernennenden einzelnen Gesellschafter, de jure formali dagegen der Vertreter jedes beliebigen geschäftsführenden Gesellschafters, und darf er demgemäss in den gesetzlichen Grenzen der Prokura an Stelle jedes geschäftsführenden Gesellschafters Geschäfte für Rechnung der Gemeinwirthschaft vornehmen, dann muss auch die obige Verabredung zulässig sein; wenn ein Gesellschafter und ein Prokurist kollektiv handeln, so ist das ebensogut als wenn zwei Gesellschafter selber kollektiv handeln. Selbstverständlich kann solch ein ungleiches Kollektivpaar nur solche Rechtshandlungen giltig vornehmen, welche innerhalb der gesetzlichen Grenzen der Prokura bleiben.

Werth hat eine derartige Regelung der Gesellschaftsvertretung immerhin; sie schafft Kollektivität, erleichtert aber deren Handhabung für die meisten Geschäfte fast in derselben Weise, als wenn z. B. drei vertretungsbefugte Gesellschafter vorhanden wären, deren je zwei kollektiv handeln dürfen.[32])

Konsequenter Weise steht auch nichts entgegen, umgekehrt einen Prokuristen mit der Massgabe zu ernennen, dass er nur kollektiv mit einem der geschäftsführenden Gesellschafter zusammen handeln darf.

2. Der **Vertrag muss nach dem übereinstimmenden Willen der Kontrahenten**, des Dritten und des mit ihm abschliessenden Gesellschafters oder Gesellschaftsbevollmächtigten bez. Prokuristen, **für Rechnung der Gemeinwirthschaft gehen.** Wie dieser Wille zum Ausdruck gelangt, ist gleichgültig. Es genügt wenn ein Gesellschafter in seinem Namen kontrahirt und die spezielle Erklärung hinzufügt, das Geschäft gehe für Rechnung seiner Gesellschaft, oder er handle für Rechnung seiner Gesellschaft. Regelmässig wird der Gesellschafter sich einfach der Gesellschaftsfirma bedienen; eine Spezialanwendung dessen enthält Art. 111 des A. d. H.G.B. „die Handelsgesellschaft kann unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigenthum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben,[33]) vor Gericht klagen und verklagt werden.“ [34]) Doch genügt es auch, wenn nur „die Umstände ergeben, dass das Geschäft nach dem Willen der Kontrahenten für die Gesellschaft geschlossen werden sollte“.[35]) Letztere wird man zur Gewinnung eines sichern Urtheils namentlich auch dann noch heranziehen müssen, wenn ein Gesellschafter den Vertrag mit seinem Namen und dem, doppelte Deutung zulassenden Zusatze „i. F.

---

[31]) Vgl. oben S. 361 u. 386 ff.

[32]) A. M. Anschütz a. a. O. u. II. S. 331.

[33]) Die meisten Einführungsgesetze u. eine Reihe späterer partikulärer Spezialgesetze des Immobiliarsachenrechts geben detaillirte Bestimmungen. Fr. v. Hahn, Commentar zu Art. 115, § 5.

[34]) Vgl. unten § 92.

[35]) H.G.B. Art. 114, II; R.O.H.G. I, S. 62 ff., bes. S. 64; XIII, S. 275 ff., bes. S. 287 f.; XVI, S. 365 f.; XVIII, S. 228. Endemann a. a. O. § 37, IV.

N. & Co." d. h. „in Firma der Gesellschaft N. & Co." zeichnete.[36]) Deshalb genügt auch eine von der wirklichen Firma in Folge von Abkürzung oder sonstiger Aenderung abweichende Rechnungsbezeichnung wenn sie nur den vorhin erwähnten Willen klar zum Ausdruck bringt, es sei denn der Gebrauch der Firma würde als Solennität verlangt.[37])

Differiren die Willen der Parteien, so kann zwar ein Vertrag zwischen dem Dritten und dem kontrahirenden Gesellschafter zu Stande gekommen sein, aber er geht nicht für Rechnung der Gemeinwirthschaft und entbehrt der solchen Verträgen eigenen Wirkungen, besonders derer gegen die Genossen des kontrahirenden Gesellschafters.

Ob der Dritte bei Abschluss des Vertrages wusste, welches von den Mitgliedern der Offenen Handelsgesellschaft N. & Co. sein Gegenkontrahent und wer dessen Genossen sind, kommt rechtlich nicht in Betracht,[38]) er kontrahirt mit irgend einem der socii ger. N. & Co., jeder von den socii gerentes gilt de jure formali als sein Gegenkontrahent. Das wird für ihn von Bedeutung erst dann, wenn diese thätig werden, sei es dass Jemand von ihnen gegen ihn oder umgekehrt er gegen sie in Veranlassung des für Rechnung der Gemeinwirthschaft geschlossenen Geschäftes vorgeht.[39])

§ 92.

3. Geltendmachung der Rechte.

I. Gehen aus Verträgen, welche den in § 91 aufgestellten Anforderungen entsprechen, für den Dritten Verpflichtungen hervor, so kann sie in dubio jeder Gesellschafter gegen ihn geltend machen,[1]) er muss sich selbstverständlich aber auch zur etwaigen Gegenleistung verstehen; gehen für den Dritten Berechtigungen daraus hervor, so kann er in dubio von jedem Gesellschafter Erfüllung des Ganzen verlangen und erklagen.

Auch hier nehmen die geschäftsführenden oder vertretungsbefugten und die übrigen Gesellschafter verschiedene Stellung ein.

Nur die vertretungsbefugten Gesellschafter können mit Dritten Verträge abschliessen. Wer von ihnen einen Vertrag schliesst, zeichnet ihn regelmässig blos mit der Gesellschaftsfirma,[2]) die Unterschrift aller Gesellschafter ist bis auf den Schriftzug völlig gleich. Der Dritte kann deshalb, wenn er nicht zufällig die Handschrift kennt, aus dem Vertrage nicht ersehen, welcher Gesellschafter der Schreiber und sein Gegenkontrahent ist; er darf dieser Form der

---

[36]) Vgl. v. Hahn, Commentar zu Art. 114, 115, Not. 4, II u. zu Art. 114, § 4, Not. 5; R.O.H.G. XV, S. 19; XXI, S. 45.

[37]) Vgl. v. Hahn, Commentar zu Art. 111, § 2, u. Not. 3.

[38]) R.O.H.G. IX, S. 17 f., XVII, S. 240.

[39]) Vgl. oben S. 384; unten S. 393 f; H.G.B. Art. 114, I, 117; R.O.H.G. VI, S. 108, X, S. 334.

[1]) H.G.B. Art. 114, I u. 117. Vgl. oben S. 384 und die hier folgenden Seiten.

[2]) S. oben S. 388 u. 390.

Vertragsunterzeichnung entsprechend, de jure formali jedweden dieser Gesellschafter als den Schreiber und seinen Gegenkontrahenten betrachten und ex contractu um Erfüllung angehen bez. beklagen. Aber auch umgekehrt muss er auf Anfordern jedes dieser Gesellschafter erfüllen, und jeden als den richtigen Kläger anerkennen.[3])

Enthält die Gesellschaft von der Geschäftsvertretung giltig ausgeschlossene Mitglieder, so können weder diese gegen den Dritten vorgehen, noch kann umgekehrt der Dritte von ihnen auch nur de jure formali aus dem Vertrage Erfüllung fordern oder einklagen, wohl aber aus der personenrechtlichen Haft, in welcher die Gesellschafter gegenseitig stehen.

II. Die drei Momente: die Dispositionsbefugniss jedes geschäftsführenden Gesellschafters über die Illaten jedes Genossen, die formale Fungibilität aller vertretungsbefugten Gesellschafter,[4]) und die personenrechtliche gegenseitige Haft sämmtlicher Mitglieder einer Offenen Handelsgesellschaft führen zu folgenden Sätzen:

Erstens: aus für Rechnung der Gesellschaft geschlossenen Verträgen herrührende **Verpflichtungen des Dritten kann gegen ihn jeder geltend machen, der zur Zeit der Einforderung bez. Klage vertretungsbefugtes Mitglied der Gesellschaft** ist. Also nicht blos die zur Zeit der Vertragserrichtung schon und noch jetzt vorhandenen, sondern auch die inzwischen — ganz neu oder in die Reihe der vertretungsbefugten Gesellschafter — aufgenommenen,[5]) und nicht mehr die inzwischen gänzlich ausgeschiedenen oder der Vertretungsbefugniss ledig gesprochenen.[6])

Zweitens: solchen Verträgen entsprossene **Rechte darf der Dritte geltend machen: ex contractu gegen jeden der zur Zeit der Einforderung bez. Klage vertretungsbefugtes Mitglied der Gesellschaft ist; auf Grund der gegenseitigen personenrechtlichen Haft sämmtlicher Gesellschafter gegen jeden, der zur Zeit der Errichtung des Vertrages, oder zur Zeit der Einforderung bez. der Klage, oder in der Zwischenzeit Mitglied ist oder war.**[7])

Drittens: Für diese zweite Klage, ist es **gleichgiltig, ob die Gesellschaftsfirma** gelegentlich des Eintritts neuer oder des Austritts bisheriger Mitglieder **eine Aenderung erlitten hat oder nicht;**[8]) Grund der Haftung der neu eintretenden Mitglieder für ältere Gesellschaftsschulden ist eben die gegenseitige personenrechtliche Haft aller Mitglieder einer Offenen Handelsgesellschaft.[9])

---

[3]) S. § 91.

[4]) Die socii gerentes sind vertretbar aber nicht gegenseitige direkte Stellvertreter.

[5]) H.G.B. Art. 114, 87; R.O.H.G. XX, 181.

[6]) H.G.B. Art. 130, 129, 87.

[7]) H.G.B. Art. 112, I; 113, I; 146, I; R.O.H.G. IX, S. 17; XII, S. 409; XIII, S. 375; XV, S. 20 u. 427; XVII, S. 354 f.; XXI, S. 325. Vgl. Fr. v. Hahn, Commentar zu Art. 114, § 4. Vgl. aber unten § 93 u. 95.

[8]) H.G.B. Art. 113.

[9]) H.G.B. Art. 22.

Wenn ein Einzelkaufmann Geschäfte schliesst, so thut er dies in eigenem Namen und Rechnung, nicht für Rechnung einer Gesellschaft, nur er haftet daher dem Dritten, die vorhin erwähnten Momente finden hier keinen Platz, deshalb kann auch ein zweiter, der mit ihm das Geschäft in Offener Gesellschaft weiter führt, nicht auf Grund lediglich dieses Gesellschaftsverhältnisses ältere Geschäftsforderungen gegen Dritte geltend machen, oder für ältere Geschäftsschulden von Dritten in Anspruch genommen werden.[10])

Dagegen bleibt es bei dem vorhin Gesagten, wenn aus einer von nur zwei Personen bestehenden Offenen Handelsgesellschaft ein Gesellschafter austritt und statt seiner ein neuer eintritt.[11])

Wie die direkte illimitirte Solidarhaft der Mitglieder einer Offenen Handelsgesellschaft ihren Ursprung nicht dem freien Willen der einzelnen Gesellschafter verdankt, so kann sie von diesen den Dritten auch nicht beliebig entzogen oder geschmälert werden.[12])

III. 1. Gläubiger des Dritten aus für Rechnung der Gesellschaft geschlossenen Verträgen ist nach Obigem de jure formali jeder der socii gerentes; stellt einer von ihnen die **Klage** an, so kann dem entsprechend das Petitum nur darauf hinausgehen, den beklagten Dritten zu verurtheilen, an einen der vertretungsbefugten Gesellschafter zu zahlen. Den treffendsten und kürzesten Ausdruck dafür bietet es, die Klage unter der Gesellschaftsfirma anzustellen. Klagfundament ist der „für Rechnung der Gesellschaft geschlossene Vertrag“. Da hinter der Gesellschaftsfirma jeder der socii gerentes stecken kann, so darf der Beklagte nur solche Einreden vorbringen, welche ihm gegen jeden vertretungsbefugten Gesellschafter zustehen, also nur solche, die aus dem objektiven Bestand des Rechtsverhältnisses selbst hervorgehen, nicht aber Einreden aus Rechtsverhältnissen, in denen er nur mit einem einzelnen der socii gerentes, oder gar nur mit einem von der Gesellschaftsvertretung ausgeschlossenen Gesellschafter steht, z. B. exceptiones compensationis aus solchen Rechtsverhältnissen.[13]) Bei obsiegendem Urtheil kann jeder der socii gerentes Exekution veranlassen, bei abweisendem Urtheil hat der Dritte gegen jeden jetzigen und späteren Gesellschafter die exceptio res judicatae.

2. Will der Dritte sein aus einem für Rechnung der Gesellschaft giltig geschlossenen Vertrage erworbenes Recht geltend machen, so kann er sich an jeden und alle Gesellschafter wenden, aber der Klaggrund ist verschieden — Vertrag, gegenseitige personenrechtliche Haft der Gesellschafter.

a. Klagt der Dritte ex contractu, so kann er die gegnerische Partei in Uebereinstimmung mit dem Vertrage nur mit der Gesellschaftsfirma bezeichnen. Ordentliches Klagforum ist das Gericht des Ortes, wo, wie es heisst, die Gesellschaft ihren Sitz hat,[14]) oder anders — von der Regel hergenommen und für die

[10]) R.O.H.G. II, S. 52 ff. und 143; III, S. 182 u. 363; VIII, S. 41.
[11]) R.O.H.G. XIV, S. 151.
[12]) H.G.B. Art. 112, II u. 113, II.
[13]) H.G.B. Art. 121; R.O.H.G. VI, S. 419; v. Hahn, Comm. zu Art. 121, § 2.
[14]) H.G.B. Art. 111, II u. 86; II, Nr. 2 u. 87.

Regel passend — wo die Verwaltung der Gemeinwirthschaft geführt wird. [15]) Irgend einer [16]) der socii gerentes, nicht der andern Gesellschafter, kann resp. muss die Klage auf der Passivseite führen, so dass in dem einen Prozessstadium vielleicht dieser, in einem andern jener eingreift. Deshalb müssen resp. dürfen etwaige Eide nur von socii gerentes, nicht von vertretungsunfähigen Gesellschaftern geschworen werden. [17]) Ferner darf deshalb jeder socius gerens nur solche Einreden vorbringen, welche jedem von ihnen gegen die Klage zustehen, also nur solche, welche aus der Klagsache selber hervorgehen, nicht aber Einreden, welche nur ein einzelner von ihnen hat. [18]) Einreden eines nicht vertretungsbefugten Gesellschafters können schon deshalb nicht in Frage kommen, weil er selbst de jure formali nicht Vertragspartei, nicht Beklagter, nicht Prozesspartei ist. Demgemäss kann ein socius gerens auch nicht Privatforderungen irgend eines einzelnen Gesellschafters gegen den Kläger zur Kompensation bringen. [19])

Erhält der Dritte ein obsiegendes Urtheil, so ist ihm jeder der socii gerentes ex contractu verurtheilt, für Rechnung der Gesellschaft zu zahlen. Das Geld dazu dürfen sie selbstverständlich aus dem Gesellschaftsfonds nehmen. — Kommt es zur Exekution, so kann diese nur in die Güter vollstreckt werden, über welche jeder von ihnen gleichmässig verfügt, das ist nur in das sg. Gesellschaftsvermögen, nicht aber in das sonstige, das sg. Privatvermögen, sei es der socii gerentes oder der andern Gesellschafter, [20]) andernfalls müssten auch Privateinreden dieser Gesellschafter zulässig sein. Bei einem abweisenden Urtheil kann der Dritte gegen keinen Gesellschafter mehr klagen, sie haben alle die exceptio rei judicatae. [21])

b. Gegen einen der von der Geschäftsvertretung ausgeschlossenen Gesellschafter kann der Dritte niemals ex contractu klagen, [22]) sie kann er nur auf Grund ihrer personenrechtlichen Haft für die socii gerentes in Anspruch nehmen. Demgemäss ist das Klagfundament erstens der mit einem der socii gerentes giltig geschlossene Vertrag, und zweitens das Gesellschaftsverhältniss zwischen diesen und dem Beklagten. Die Klage kann gegen einen oder mehrere individuell zu benennende Gesellschafter gerichtet werden. Das ordentliche Klagforum ist das Gericht des Ortes, wo der einzelne Beklagte sein Domizil hat, doch entsprechend der heutigen Auffassung wird man auch das Gericht des Sitzes der Gesellschaft zulassen müssen.

---

[15]) R.Civ.Pr.O. § 19; vgl. auch § 22.

[16]) Vgl. die abweichende Darstellung von Römer, Abhandlungen aus dem Römischen Recht, dem Handels- und Wechselrecht. I. Heft 1877, S. 161 ff.

[17]) Vgl. R.O.H.G. VI, S. 111; IX, S. 18; X, S. 334 ff.; XX, S. 181; XXI, S. 343 ff.; Keyssner in Z. f. H.R. X, S. 374; Thöl a. a. O., I, S. 329.

[18]) A. M. Römer a. a. O., S. 162.

[19]) Vgl. Thöl a. a. O., § 97, I.c.; v. Hahn, Commentar zu Art. 121, § 7; R.O.H.G. VI, S. 419.

[20]) Protokolle S. 277, 1133, 4520; R.O.H.G. XII, S. 261; XX, S. 189; XXI, S. 129; Thöl a. a. O. I, S. 329; a. M. v. Hahn, Commentar zu Art. 112, § 7 u. 9; Römer a. a. O., S. 164 f., 168 f., 172 f.

[21]) Vgl. v. Hahn a. a. O., § 7; Römer a. a. O. S. 167.

[22]) Den Grund s. oben S. 392.

An Einreden darf jeder so beklagte Gesellschafter in Einklang mit dem doppelten Klagfundament erstens die jedem der socii gerentes gleichmässig zustehenden, deshalb auch die exceptio compensationis auf Grund einer Gesellschaftsforderung vorbringen, [23]) zweitens die ihm individuell zustehenden, [24]) als solche auch die Einrede der Kompensation mit einer eigenen Privatforderung. [25]) Hatte der Dritte schon vorher ein obsiegendes Urtheil gegen die socii gerentes erreicht, so nutzt ihm das weiter nichts, als dass er des Beweises über den ersten Theil seines Klagfundamentes — denn so weit ist res judicata vorhanden — überhoben, sich nur noch Einreden, die dem Beklagten individuell zustehen, gefallen zu lassen braucht.[26]) Während sonst der Beklagte gut thun wird, einem der socii gerentes den Streit zu verkünden (Regress), ist es hier überflüssig. [27])

Erhält der Dritte auch hier ein obsiegendes Urtheil, so kann er die Exekution **in das gesammte Vermögen** des gerade beklagten und verurtheilten Gesellschafters vollstrecken lassen, [28]) nicht in das Vermögen eines andern Gesellschafters und deshalb auch nicht in das Gesellschaftsvermögen; aber er darf eventuell von den Bestimmungen des Art. 119 und 126 des A. d. H.G.B. Gebrauch machen. [29]) Ein abweisendes Urtheil giebt, je nachdem das erste oder zweite Klagfundament den Grund für dieses bot, allen Gesellschaftern des Beklagten, oder keinem die exceptio res judicatae. [30])

Zahlte der verurtheilte Gesellschafter, oder erlitt er Exekution, so hat er die Actio pro socio gegen jeden socius gerens (Gesellschaftsfirma) auf Ersatz der wirklich gezahlten Summe und Aufwendungen aus der Gesellschaftskasse. [31])

c. Nichts hindert den Dritten ebenso (wie b) gegen einen oder mehrere individuell benannte socii gerentes (oder sämmtliche Gesellschafter überhaupt) vorzugehen, denn jeder Gesellschafter unterliegt der personenrechtlichen Haft; er steht dann im Verhältniss zu dem Fall, dass er die Gegenpartei mit der Gesellschaftsfirma benennt, bezüglich der gegnerischen Einreden schlechter, bezüglich der Exekution besser, er kann sie gegen das gesammte Vermögen jedes einzelnen Gesellschafters richten. Die Eide sind hier wie auch in dem letztbesprochenen Fall von den speziell Beklagten zu leisten. [32])

---

[23]) A. M. Thöl a. a. O., § 97, Ib.

[24]) R.O.H.G. XX, S. 182.

[25]) Vgl. v. Hahn, Commentar zu Art. 121, § 8 und Dernburg, Geschichte und Theorie der Kompensation (II. Aufl.), S. 446 ff.; R.O.H.G. XII, S. 252 f.; XIII, S. 66 f.

[26]) Vgl. v. Hahn, Commentar zu Art. 112, § 7; v. Kräwel in Busch Archiv IV, S. 27; Anschütz a. a. O., S. 240; R.O.H.G. VI, S. 419.

[27]) Vgl. Römer a. a. O., S. 174 f.

[28]) R.O.H.G. XX, S. 182; Römer a. a. O. 171.

[29]) Vgl. unten § 93.

[30]) Vgl. Römer a. a. O., S. 167 u. 171.

[31]) H.G.B. Art. 92 u. 93; v. Hahn, Commentar zu Art. 112, § 8; R.O.H.G. XIII, S. 144 f.

[32]) R.O.H.G. IX, S. 17.

Welchen dieser Wege der Dritte für seine Klage wählt, steht völlig in seinem Belieben, denn die gegenseitige personenrechtliche Haft der Gesellschafter ist keine blos subsidiäre.[33])

3. Bezüglich der Kompensation pflegen noch zwei Fälle erwähnt zu werden:

Ein Gesellschafter klagt gegen seinen Sonderschuldner; kann letzterer eine Gesellschaftsschuld hier zur Kompensation bringen? Da für eine Gesellschaftsschuld jeder Gesellschafter ihm obligirt ist, sei es ex contractu oder aus der gegenseitigen personenrechtlichen Haft, so darf er es zweifellos thun.[34])

Der Gläubiger eines Gesellschafters klagt wegen Sonderschuld gegen diesen seinen Schuldner; darf letzterer eine Gesellschaftsforderung zur Kompensation seiner Sonderschuld benutzen? Nach Art. 121 des A. d. H.G.B. nicht, denn ein Gesellschaftsschuldner braucht nur zu zahlen, wenn ein vertretungsbefugter Gesellschafter für Rechnung der Gesellschaft die Forderung geltend macht, hier aber würde der Gesellschafter für eigene Rechnung handeln. Nur Uebergang der Forderung aus dem Gemeinschaftsvermögen in das Sondervermögen dieses Gesellschafters würde die Kompensation ermöglichen, dann aber läge eben keine Gesellschaftsforderung mehr vor.[35])

IV. Erstreitet ein Sonder- oder Gesellschaftsgläubiger gegen einen oder mehrere individuell benannte Gesellschafter auf Grund ihrer personenrechtlichen Haft ein obsiegendes Urtheil, so kann er die Exekution in das gesammte Vermögen jedes Verurtheilten vollstrecken lassen,[36]) aber selbstverständlich nur soweit nicht Rechte anderer Personen dem entgegenstehen. Zu dem Vermögen eines Gesellschafters gehören die Güter, welche er in der Gemeinwirthschaft stecken hat, an sich eben so gut wie seine übrigen, das sg. Privat- oder Sondervermögen. Ob an Stücken des letzteren Rechte Dritter bestehen, welche der Execution von Seiten eines Gläubigers hindernd entgegentreten oder nicht, ist Frage des einzelnen Falles, lediglich der Umstand, dass ihr Herr Mitglied einer Offenen Handelsgesellschaft ist, legt der Exekution nichts in den Weg; dies auch dann nicht, wenn es sich darum handelt, die Exekution in eine Forderung zu vollstrecken, welche dem betreffenden Gesellschafter gegen die Gesellschaft aus Handlungen zusteht, die, sei es selbst, sei es in ihren Folgen, nicht in den Kreis der ihm durch den reinen Gesellschaftsvertrag auferlegten Pflichten fallen, z. B. Auslagen, Vorschüsse, Ersatzforderungen für Verluste, welche er unmittelbar durch seine Geschäftsführung, oder aus Gefahren, welche von derselben unzertrennlich sind, erlitt.[37]) Bezüglich solcher Forderungen steht der Gesellschafter jedem Dritten gleich.

---

[33]) v. Hahn, Commentar zu Art. 112, § 7; R.O.H.G. VII, S. 383 ff.; XVII, S. 288; XX, S. 263.

[34]) Vgl. v. Hahn, Commentar zu Art. 121, § 9 u. Gareis a. a. O. S. 142, § 5.

[35]) Vgl. v. Hahn zu Art. 121, § 3; Thöl a. a. O. § 97, I, S. 331; Römer a. a. O. S. 153, 166; Gareis a. a. O. S. 141, § 4.

[36]) Vgl. oben S. 395.

[37]) H.G.B. Art. 93 u. oben S. 366.

An der Kapitaleinlage, überhaupt an dem Geschäftsantheil [38]) eines Gesellschafters stehen der Exekution stets Hindernisse entgegen. Zwar hiess es oben, [39]) der Inferent verliere durch die blosse Illation nicht das Eigenthum der eingeworfenen Sachen u. s. w., aber trotzdem muss er sie doch gemäss dem Gesellschaftsvertrage für die Dauer der Gemeinwirthschaft in dieser belassen, denn er hat an den Illaten, welche auf Risiko der Gesellschaft stehen, [40]) den (geschäftsführenden) Gesellschaftern die volle Disposition für Rechnung der Gemeinwirthschaft eingeräumt; folgedessen besteht weder der Gesellschaftsantheil — von einer Minderung sei hier abgesehen — fortdauernd aus den ursprünglich eingebrachten Sachen und dem etwaigen Zuwachs, noch hat der Gesellschafter ein Recht darauf, diese, selbst wenn sie bei Auflösung der Gesellschaft bez. bei seinem Ausscheiden noch speziell vorhanden sind, in specie wieder zurückzuerhalten, er hat nur einen Anspruch auf eine, seinem dermaligen rechnungsmässig in Geld festgestellten Geschäftsantheil entsprechende Geldsumme. — Nur für Beträge bis zur Höhe der in seinem Geschäftsantheil steckenden Zinsen und eventuell auch Gewinnantheiles des letztverflossenen Jahres steht er völlig frei, bez. etwas freier. [41])

Dem entsprechend kann auch die Exekution der oben genannten Gläubiger in die Geschäftsantheile während Bestehens der Gesellschaft ganz frei lediglich auf Beträge der Zinsen des letztverflossenen Jahres gehen, nur bedingt auf Beträge bis zur Höhe der Gewinnantheile derselben Zeit; in den Rest, also in den eigentlichen Stock, nur nach vollzogener Auseinandersetzung, diese aber setzt völlige Auflösung der Gesellschaft und Liquidation der Gemeinwirthschaft, oder mindestens Ausscheiden und Abfindung des betreffenden Gesellschafters voraus. [42])

Da ein Gesellschafter an den auf Risiko der Gemeinwirthschaft stehenden Illaten seinen (geschäftsführenden) Genossen freie Disposition einräumt, und fernerhin nur wie diese über die Illaten lediglich für Rechnung der Gemeinwirthschaft verfügen darf, auch nicht die so eingeworfenen Sachen selbst, sondern nur seinen Geschäftsantheil in Geld zurückerhält, so kann er an diesen Sachen nicht mehr ein Pfandrecht für eigene Rechnung bestellen, und auch ein das Vermögen des Inferenten ergreifendes neues Generalpfandrecht kann nicht die Illaten selbst, sondern nur den Geschäftsantheil erfassen. [43]) Bestand an der inferirten Sache schon vor ihrer Illation ein Pfandrecht oder sonstiges dingliches Recht, so kann der Berechtigte selbstverständlich dies event. auch nachher geltend machen. [44])

Analog der Exekution ist die Frage des Arrestes [45]) zu beurtheilen.

---

[38]) Vgl. oben § 87.
[39]) Vgl. § 78, V, bes. S. 335—340 f.
[40]) Vgl. die Stellen der vorigen Note u. § 85.
[41]) H.G.B. Art. 106—108 u. oben S. 369.
[42]) H.G.B. Art. 119. Vgl. § 93.
[43]) H.G.B. Art. 120, I.
[44]) H.G.B. Art. 120, II. Anschütz a. a. O., S. 258 ff. R.O.H.G. XII, S. 261 f.
[45]) R.O.H.G. XII, S. 262.

V. Ist es richtig, dass aus dem von Dritten mit der Gesellschaft giltig geschlossenen Vertrage Kontraktsschuldner, desgleichen in einer gegen die Gesellschaft angestellten Klage Beklagter jeder beliebige der vertretungsbefugten Gesellschafter ist; ferner, dass die Exekution aus solcher Klage nur gegen das Gemeinschaftsvermögen, nicht auch gegen das Sondervermögen des einzelnen Gesellschafters, sei es der vertretungsbefugten oder der andern Gesellschafter, geht; endlich dass aus Klagen wider einen Gesellschafter wegen Sonderschulden die Exekution nur in das Vermögen des Verurtheilten, nicht auch in das seiner Genossen, und nicht in das Gemeinschaftsvermögen vollstreckt werden darf; schliesslich, dass aus Klagen wegen Gemeinschaftsschulden, welche gegen einen einzelnen (oder mehrere) Gesellschafter auf Grund der personenrechtlichen Haft gerichtet sind, die Exekution sich auf das gesammte Vermögen des Verurtheilten, nicht blos auf das Sondervermögen, sondern auf dieses und auf den Gesellschaftsantheil erstreckt, dann folgt daraus nothwendig:

Erstens: Falls die Unfähigkeit der vertretungsbefugten Gesellschafter erhellt, aus dem Gemeinschaftsvermögen dritten Gläubigern die Gemeinschaftsschulden zu zahlen, z. B. einer der vertretungsbefugten Gesellschafter erklärt, die Zahlungen für Rechnung der Gesellschaft einzustellen und darauf hin nach Antrag eines Gesellschaftsgläubigers Konkurs eröffnet wird, so muss resp. kann de jure formali als Gemeinschuldner jeder beliebige der vertretungsbefugten Gesellschafter gelten, und die Beschlagnahme des Konkurses umfasst alle Vermögensstücke, welche jedem von ihnen gleichmässig unterstehen, aber auch nur diese, nemlich nur das Gesellschafts- oder Gemeinschaftsvermögen, nicht das Sondervermögen irgend eines Gesellschafters, weder der bisher vertretungsbefugten, noch der andern. — Das Gesellschafts- oder Gemeinschaftsvermögen hat sein eigenes selbstständiges Konkursverfahren, Gesellschaftskonkurs. [46])

Zweitens: Wie die Unfähigkeit der vertretungsbefugten Gesellschafter, Gemeinschaftsschulden mit dem Gemeinschaftsvermögen zu bezahlen, nicht identisch ist mit individueller oder absoluter Zahlungsunfähigkeit, sei es ihrer selbst oder der andern Gesellschafter, so zieht auch der Gesellschaftskonkurs an sich nicht die Eröffnung des Konkursverfahrens über das Sondervermögen der einzelnen Gesellschafter nach sich. [47])

Drittens: Zu Konkursen über das Sondervermögen der einzelnen Gesellschafter kann es nur kommen wegen Sonderschulden oder solcher Gemeinschaftsschulden, um deren Bezahlung der Gesellschaftsgläubiger die einzelnen Gesellschafter auf Grund ihrer personenrechtlichen Haft angeht.

Viertens: Gesellschaftskonkurs und Sonderkonkurs des einzelnen Gesellschafters, desgleichen die Konkurse der mehreren einzelnen Gesellschafter können zwar die Veranlassung gemein haben — eine Gesellschaftsschuld —, entstehen aber nicht gemeinsam.

---

[46]) H.G.B. Art. 123. Reichs-Konkurs-Ordnung § 198, 193, III. Entwurf einer Konkurs-Ordnung für das deutsche Reich nebst Einführungsgesetzen und Motiven. Berlin, Kortkampf 1875, S. 1557; v. Hahn, Commentar zu Art. 122, § 39 u. unten S. 401.

[47]) Entwurf a. a. O., S. 1858 f.

Fünftens: Gesellschaftsgläubiger können ihre Forderungen in dem Gemeinschaftskonkurse und in den Sonderkonkursen anmelden, Sondergläubiger nur in dem Sonderkonkurse ihres Schuldners.

Grund dieser Erscheinung ist nicht Selbstständigkeit des Gesellschaftsvermögens, sondern die Verschiedenheit der Gemeinschuldner; in dem Gesellschaftskonkurse ist es formell jeder beliebige der vertretungsbefugten Gesellschafter, hier der einzelne betreffende Gesellschafter.

VI. Zu dem **Antrage auf Eröffnung des Gesellschaftskonkurses** ist ausser den Konkursgläubigern **jeder persönlich** haftende Gesellschafter und jeder Liquidator berechtigt.[48]) Man hat gemeint, zu solchem Antrage seien nur die zur Geschäftsführung befugten Gesellschafter zuzulassen, diese Ansicht aber verworfen: „weil der Ausschluss von der Geschäftsführung nur eine Nichtbefugniss zu jenen Handlungen enthalte, welche der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft mit sich bringt; zu diesem Kreise von Geschäften aber der Konkursantrag sicher nicht gehöre.“[49]) Schärfer drücken sich die Motive zum Entwurfe d. R.K.O.[50]) dahin aus: „Der Konkursantrag muss als ein Rechtsgeschäft oder eine Rechtshandlung, nicht als eine blos thatsächliche Anzeige oder Erklärung aufgefasst werden; der mit Erfolg gestellte Antrag wirkt auf den Bestand der Gesellschaft ein; er verändert, wenn eine Auflösung vorher gegangen ist, völlig die Art der Liquidation. Aber er ist keine Handlung, welche die Geschäftsführung der bestehenden Gesellschaft, oder bei schwebender Liquidation ein einzelnes Liquidationsgeschäft zum Gegenstand hat. Darum muss jeder persönlich haftende Gesellschafter, gleichviel ob er die Gesellschaft zu vertreten befugt oder zum Liquidator bestellt ist oder nicht, zu dem Antrag zugelassen werden.“

Der nur von einem oder mehreren einzelnen Gesellschaftern oder Liquidatoren ausgehende Konkursantrag steht dem von allen diesen gemeinsam gestellten nicht gleich. Ersterer fordert die Glaubhaftmachung von der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft; nach seiner Zulassung hat das Gericht die übrigen Gesellschafter oder Liquidatoren zu hören und, sofern sie nicht Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft einräumen, die erforderlichen Ermittelungen anzuordnen.[51]) Letzterer dagegen fordert nur gleichzeitige oder nachträgliche Einreichung eines Verzeichnisses der Gläubiger und Schuldner, sowie eine Uebersicht der Vermögensmasse.[52]) Nach einem wirklichen Grunde dieser verschiedenen Behandlung der Konkursanträge sucht man auch in den Motiven vergebens,[53]) es sei denn, man gäbe sich damit zufrieden, dass der Konkursantrag eines oder mehrerer Gesellschafter weniger Glauben verdiene, als der von allen gemeinsam gestellte.

---

[48]) R.K.O. § 199, I.

[49]) v. Völderndorff, Konkursordnung für das Deutsche Reich II. Abthlg. 1879. S. 388.

[50]) S. 1555, Sp. II u. 1557, Sp. II.

[51]) R.K.O. § 199, II u. 97, II u. III.

[52]) R.K.O. § 199, II u. 96.

[53]) Motive S. 1556, Sp. I.

Die wirkliche Erklärung liegt m. E. tiefer. Die Eröffnung des Gesellschaftskonkurses löst die Gesellschaft ipso jure auf,[54]) ein Antrag auf Konkurseröffnung ist demnach ein Antrag auf Auflösung der Gesellschaft. Der von allen Gesellschaftern gemeinsam gestellte Konkursantrag setzt voraus und enthält ihre ipso jure wirkende gegenseitige Uebereinkunft,[55]) die Gesellschaft aufzulösen, er selbst bezweckt nur noch, an Stelle der privaten Liquidation der so bereits aufgelösten Gesellschaft das öffentlichrechtliche Konkursverfahren zu setzen; zur Entscheidung dieser rein prozessualen Frage genügt dem Richter ein Verzeichniss der Gläubiger und Schuldner, nebst einer Uebersicht der Vermögensmasse der Gemeinschaft.[56])

Stellen nicht alle Gesellschafter gemeinsam den Konkursantrag, dann hat der Richter ausser der prozessualen auch eine civilrechtliche Frage zu entscheiden. In dem Konkursantrag liegt hier nemlich das doppelte Gesuch des oder der betreffenden Gesellschafter an das Gericht, anzuerkennen, dass Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft, somit ein „richtiger" Grund zur Auflösung der Gesellschaft[57]) vorliege, und dass in Veranlassung desselben Grundes — Zahlungsunfähigkeit — das Konkursverfahren eröffnet werde. Hatte der Antragsteller schon vorher seinen Genossen erklärt, dass er auf Grund der von ihm behaupteten Zahlungsunfähigkeit der Gemeinwirthschaft die Gesellschaft als aufgelöst ansehe, so enthält der Konkursantrag das Gesuch 1) um Anerkennung der erklärten Auflösung der Gesellschaft, 2) um Eröffnung des Konkursverfahrens. Gibt der Richter dem Antrage nach, so datirt die Auflösung der Gesellschaft vom Tage jener Erklärung des Gesellschafters an seine Genossen resp. von dem in dieser Erklärung enthaltenen späteren Zeitpunkte,[58]) und die Konkurseröffnung von der Stunde des Eröffnungsbeschlusses.[59]) Dieser doppelten Anforderung kann der Richter nur dann nachkommen, wenn er, nachdem ihm vom Antragsteller die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft „glaubhaft" gemacht ist, den Antrag zunächst zulässt um dann die übrigen Gesellschafter zu hören, und sofern diese die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft — also den Grund für Auflösung der Gesellschaft und Konkurseröffnung — nicht einräumen, die erforderlichen Ermittelungen anstellt.[60])

Aus allem erhellt, dass der Konkursantrag nicht ein Akt blosser Geschäftsvertretung oder -führung ist, sondern seiner ganzen Basis nach der Errichtung, dem Vertrage der Gesellschaft entspricht, und deshalb eben wie dieser zunächst eine rein innere Angelegenheit der Gesellschafter ist, wenngleich sich daran auch Wirkungen Dritten gegenüber knüpfen. — Aus diesem Grunde würde es unrichtig sein, den Konkursantrag ausschliesslich in die Hand der bisherigen geschäfts-

---

[54]) H.G.B. Art. 123, I, 1. v. Hahn, Commentar zu Art. 123, § 1. Anderer M. v. Kräwel in Busch, Archiv IV, S. 48 ff.

[55]) H.G.B. Art. 123, I, 4.

[56]) R.K.O. § 96.

[57]) H.G.B. Art. 125.

[58]) Vgl. v. Hahn, Commentar zu Art. 125, bes. § 5.

[59]) R.K.O. § 100.

[60]) R.K.O. § 199, II u. 97, II u. III u. § 98 u. H.G.B. Art. 125.

führungs- und vertretungsbefugten Gesellschafter zu legen. Mit dem Moment der durch Konkurseröffnung erfolgten Auflösung der Gesellschaft fallen überdies die für deren Dauer getroffenen Vereinbarungen über den Ausschluss einzelner Gesellschafter von der Geschäftsführung und Vertretung; so weit solche in Zukunft noch in Frage tritt, gilt **jeder** Gesellschafter als vertretungsbefugt.[61])

VI. Der Gesellschaftsgläubiger hat eine Klage sowohl gegen die Gesellschaft, wie gegen jeden einzelnen Gesellschafter. Welche Klage er wählt, steht in seinem Belieben, er kann sogar gleichzeitig gegen die Gesellschaft und gegen beliebig einzelnen Gesellschafter klagen, und zwar überall auf das Ganze, aber sobald bez. soweit er von irgend einer Seite Befriedigung erhält, geht seine Forderung unter; dies darf ihm von jeder Seite selbst noch in der Exekution entgegengehalten werden.

1. Dies auf den Fall des **Konkurses** einer Gesellschaft angewandt würde konsequent zu Folgendem führen:

a. Der Gesellschaftsgläubiger meldet seine Forderung im Gesellschaftskonkurse an, bekommt einen Theil seiner Forderung z. B. 20 % und hält sich **später**[62]) für die ausfallenden 80 % an einen beliebigen einzelnen Gesellschafter (z. B. M.), Petitum, Urtheil und Exekution gehen nur auf diese 80 %.

b. Der Gesellschaftsgläubiger meldet seine Forderung im Gesellschaftskonkurse an, und wendet sich **gleichzeitig** gegen M., Petitum und Urtheil gehen zwar auf das Ganze, aber wie weit der Gläubiger mit der Exekution durchdringt, hängt davon ab, ob er aus der Konkursmasse bereits etwas erhalten hat. Erhielt er noch nichts, so muss der Gesellschafter die Exekution auf den vollen Betrag der Gesellschaftsschuld über sich ergehen lassen, aber der Konkursverwalter streicht die angemeldete und anerkannte, nun aber getilgte Forderung aus der Tabelle.[63]) Hat der Gläubiger umgekehrt etwas erhalten, so kann der Gesellschafter M. diese theilweise Befriedigung der Exekution entgegenhalten.

c. Meldet der Gesellschaftsgläubiger seine Forderung im Gesellschaftskonkurse gar nicht an, so geht Petitum, Urtheil und Exekution gegen den einzelnen Gesellschafter auf den ganzen Forderungsbetrag.

2. Ob der belangte Gesellschafter sich auch in Konkurs — Sonderkonkurs — befindet oder nicht, sollte in allen obigen Fällen prinzipiell gleichgiltig sein, aber das positive deutsche Recht macht einen Unterschied und weicht für die Fälle b und c von dem Obigen zum Theil ab.

α. Der belangte Gesellschafter steht nicht auch in Konkurs. Die Gesellschaftsgläubiger werden abgesondert aus der Konkursmasse der Gesellschaft befriedigt, dafür aber dürfen sie aus dem Sondervermögen der einzelnen Gesellschafter sich nur für den im Gesellschaftskonkurs erlittenen Ausfall halten.

(b.) Melden die Gesellschaftsgläubiger sich im Gesellschaftskonkurse und stellen sie zugleich auch eine Klage gegen einen einzelnen Gesellschafter an, so kann

---

[61]) Dies gilt besonders für den Konkurs. Liquidation s. § 94.

[62]) R.K.O. § 152, I.

[63]) Vgl. R.K.O. § 133.

Petitum und Urtheil nur noch auf den allerdings noch unbestimmten Ausfall, welchen sie im Gesellschaftskonkurse erleiden, gehen, als dessen Maximalbetrag aber deshalb vorläufig der volle Forderungsbetrag angenommen werden muss.[64]) Der Exekution kann bis zur Feststellung der Konkursprozente vom Beklagten stets eingewendet werden, dass die Exekutionssumme noch nicht feststehe.

(c.) Wenn der Gesellschaftsgläubiger mit seiner Forderung am Gesellschaftskonkurse gar nicht theilnimmt, so darf er gegen den einzelnen Gesellschafter doch nur den Betrag geltend machen, den er, wenngleich er seine Forderung zum Gesellschaftskonkurs angemeldet hätte, doch nicht erhalten haben würde, resp. erhalten würde.[65])[66])

β. Der belangte Gesellschafter steht auch in Konkurs.

(b.) Nimmt der Gesellschaftsgläubiger in beiden Konkursen Theil, so kann er in jedem Verfahren den **ganzen** Betrag geltend machen,[67]) aber da er gemäss Art. 122 des A. d. H.G.B. aus dem Sondervermögen des Gesellschafters nur für den im Gesellschaftskonkurse erlittenen Ausfall Befriedigung suchen darf, die ja möglicherweise dem vollen Betrage der Forderung ganz oder fast ganz gleichkommen kann, so werden ihm bei den Vertheilungen im Konkurse des Gesellschafters zwar vorläufig die auf den vollen Betrag der Forderung fallenden Antheile berechnet, aber nicht wie den andern Gläubigern sofort baar ausgezahlt, sondern so lange zurückbehalten, bis der Ausfall bei dem Gesellschaftskonkurse fest steht und ihm dann nur die auf den Ausfallsbetrag treffende Dividende hier gezahlt.[68])

(c). Verzichtet der Gesellschaftsgläubiger darauf, seine Forderung im Gesellschaftskonkurse geltend zu machen, so erhält er hier anders wie vorhin die auf den vollen Betrag seiner im Konkurse des Gesellschafters angemeldeten ganzen Forderung bei den Vertheilungen fallenden Antheile, und zwar sofort, baar ausgezahlt.[69])

Für die Gesellschaftsgläubiger, deren Forderungen im Gesellschaftskonkurse festgestellt, und nicht von dem Gemeinschuldner d. h. also von irgend einem der Gesellschafter ausdrücklich bestritten worden sind, findet nach Aufhebung des Gesellschaftskonkurses aus der Eintragung in die Tabelle gleichwohl gegen Niemanden die sonst[70]) gegen den Schuldner zugelassene Zwangsvollstreckung statt, denn hier im Konkurse gilt zwar jeder Gesellschafter als vertretungsbefugt und deshalb als Kontrahent und Gemeinschuldner, aber die Exekution aus der Kontraktsklage, desgleichen der Konkurs und folgeweise auch die Feststellung trifft ja nur das unter ihrer Disposition stehende Gemeinschafts-

---

[64]) H.G.B. Art. 122.
[65]) v. Hahn, Commentar zu Art. 122, § 39. R.O.H.G. XVII, 284 ff. u. 351 ff.
[66]) Vgl. zu diesen Fragen auch Dernburg a. a. O. B. II (2. Ed.) S. 629.
[67]) R.K.O. § 62.
[68]) R.K.O. § 201.
[69]) R.K.O. § 201, 57, 88. v. Hahn a. a. O.
[70]) R.K.O. § 152.

vermögen und ein solches ist nicht mehr vorhanden. Um auch gegen deren Sondervermögen vorzugehen, bedürfte es immer noch einer besonderen, allerdings wesentlich erleichterten,[71]) auf die personenrechtliche Haft gegründeten Klage. Zu demselben Endresultat, dass die Feststellung im Gesellschaftskonkurse keine Zwangsvollstreckung gegen die einzelnen Gesellschafter gebe, kommt auch Römer a. a. O. S. 178, falls die Offene Handelsgesellschaft für eine juristische Person zu halten ist. Ebendaselbst heisst es aber auch: „Sieht man als Schuldner in der Gesellschaftsschuld sämmtliche einzelne Gesellschafter an — so ist die im Gesellschaftskonkurse festgestellte Gesellschaftsschuld nach Aufhebung des Konkurses gegen jeden Gesellschafter auch in sein Privatvermögen vollstreckbar."

Da mit der Konkurseröffnung der etwaige Ausschluss einzelner Gesellschafter von der Geschäftsvertretung aufhört, jeder als Schuldner und Gemeinschuldner gilt, kann konsequenter Weise ein Zwangsvergleich giltig nur abgeschlossen werden, wenn alle Gesellschafter den Vorschlag machen.[72])

Falls ein Gesellschaftsgläubiger am Gesellschaftskonkurse theilnimmt, kann er sich an die einzelnen Gesellschafter nur für den Ausfall halten, ein Zwangsvergleich aus dem Grunde der Nichterfüllung ist unwiderruflich,[73]) setzt somit den Ausfall definitiv fest. Beides zusammen führt zu dem Satze, dass der Zwangsvergleich, soweit er nicht ein anderes festsetzt, zugleich den Umfang der solidarischen Haftung der persönlich haftenden Gesellschafter mit ihrem sonstigen Vermögen, oder anders die Verpflichtung der Gesellschafter aus ihrer personenrechtlichen Haft begrenzt.[74])

§ 93.

F. Auflösung der Gesellschaft.

I. Jede Gesellschaft beruht auf Vertrag, Beendigung der Offenen Handelsgesellschaft bedeutet daher zunächst Aufhebung des Gesellschaftsvertrages; die frühere Vereinbarung der bisherigen Gesellschafter,[1]) mit allseitigen Beiträgen von Kapital und bez. oder Arbeit in einer formell wie materiell gesonderten Wirthschaft für gemeinsame Rechnung gewerbemässig Handelsgeschäfte zu betreiben, verliert fortan ihre Kraft.

Mit dieser zunächst nur für die Zukunft und nur negativ wirkenden Aufhebung des Gesellschaftsvertrages ist aber noch nicht jedes Rechtsverhältniss zwischen den Parteien getilgt. Wie die Ehescheidung zwar den Eheeingehungsvertrag aufhebt und das rein persönliche oder personenrechtliche Band der Ehegatten löst, die vermögensrechtlichen Verhältnisse aber nur fixirt und der Auseinandersetzung entgegenführt, so auch, wenn die Uebertragung des Ausdrucks

---

[71]) Vgl. oben S. 394 f.

[72]) R.K.O. § 200, I. Vgl. oben S. 401 u. 403.

[73]) R.K.O. § 181.

[74]) R.K.O. § 200, II.

[1]) S. oben S. 343, § 80.

gestattet ist, die Gesellschaftsscheidung. — Die Scheidung des persönlichen Bandes zieht die Auflösung auch der Wirthschaftsgemeinschaft nach sich; diese erfolgt bei der Offenen Handelsgesellschaft durch Liquidation, Konkursverfahren oder Abfindung.[2]) Regelmässig folgt die vermögensrechtliche Auseinandersetzung zeitlich der Aufhebung des Gesellschaftsvertrages nach, bisweilen aber — namentlich wenn die Gesellschaft auf eine bestimmte Zeit eingegangen war und nicht wieder verlängert werden soll — geht sie auch umgekehrt jener vor. —

II. Die Auflösung des Gesellschaftsvertrags erfolgt entweder durch gesetzliche Bestimmung oder durch Rechtsgeschäft.[3])

1. Kraft **gesetzlicher Bestimmung** wird die Gesellschaft aufgelöst in folgenden Fällen:

a. sobald über das **Gesellschaftsvermögen** rechtskräftig **Konkurs** eröffnet ist.[4])

b. wenn einer der **Gesellschafter stirbt.** H.G.B. Art. 123, I, Nr. 2).

c. wenn über das **Vermögen eines Gesellschafters** endgiltig **Konkurs** eröffnet ist, oder einer der **Gesellschafter** sonst die **rechtliche Fähigkeit zu selbständiger Vermögensverwaltung** verliert.[5])

2. Das **Rechtsgeschäft**, durch welches die Offene Handelsgesellschaft aufgelöst wird, kann entweder ein **Vertrag sämmtlicher Gesellschafter**, oder eine **einseitige Rücktrittserklärung** sein.

a. Das A. d. H.G.B. hat bei der Auflösung durch **Vertrag** vorzugsweise einen lediglich auf die Auflösung gerichteten Vertrag im Auge,[6]) doch gehört streng genommen auch der Fall hierher, dass der Gesellschaftsvertrag selbst, vielleicht von vornherein die künftige Auflösung der Gesellschaft statuirt z. B.

---

[2]) Vgl. R.O.H.G. XXIV, 143 ff. u. XXV, 276 ff. unten S. 411.

[3]) Andere Eintheilungen der Auflösungsgründe s. bei Keyssner, Die Erhaltung der Handelsgesellschaft gegen die Auflösungsgründe des A. d. H.G.B., Berlin 1870, S. 41 u. Keyssner, Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch erläutert, Stuttgart 1878, zu Art. 123, § 1: objektiv wirkende Auflösungsgründe, und subjektiv berechtigende Auflösungsgründe. Gareis, Das deutsche Handelsrecht, Berlin 1880, § 30; gesetzliche und willkürliche Auflösungsgründe. Anschütz in Anschütz u. v. Völderndorff, Commentar II, S. 273 gibt eine doppelte Eintheilung: 1) gesetzliche und vertragsmässige, 2) Gründe, welche das Aufhören der Gesellschaft von Rechtswegen und ipso jure nach sich ziehen (Art. 123) und solche, welche den Gesellschaftern nur die Auflösungsklage geben. Endemann, Lehrbuch, § 46: Gründe, die den objektiven Bestand der Gesellschaft angehen, und Gründe, welche die einzelnen Gesellschafter betreffen. v. Hahn, Commentar zu Art. 123, § 1 u. zu Art. 125, § 1: Gründe, welche die Gesellschaft ipso jure auflösen und Gründe, welche dem einzelnen Gesellschafter nur das Recht geben, die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen.

[4]) Vgl. oben S. 399 ff., R.K.O. § 94 ff., bes. auch 101 u. 198 ff., Keyssner, Erhaltung der H.G. § 1 u. Handelsgesetzbuch zu Art. 123, § 3. Kowalzig a. a. O. S. 136, Nr. 89. H.G.B. Art. 123, I, Nr. 1.

[5]) Welche Umstände diesen Verlust bewirken, entscheidet das gewöhnliche bürgerliche Recht; dahin gehören Wahnsinnigkeits- und Prodigalitätserklärung. Ueber andere Fälle s. Anschütz a. a. O. S. 276. H.G.B. Art. 123, I, Nr. 3.

[6]) H.G.B. Art. 123, I, Nr. 4.

durch Einfügung einer **Zeitbestimmung** (dies ad quem) oder einer **Resolutivbedingung**; mit Eintritt der Zeitbestimmung oder Bedingung endigt die Gesellschaft. [7])

b. **Einseitiger Rücktritt** vom Gesellschaftsvertrage steht dem einzelnen Gesellschafter nur in beschränkter Weise zu: Von **Gesellschaftsverträgen auf unbestimmte Dauer** darf er ohne jeden Grund, ganz nach seinem individuellen Belieben zurücktreten, aber wenn der Gesellschaftsvertrag nicht ein Anderes bestimmt, darf er den Rücktritt nur für Ende eines Geschäftsjahres erklären, und muss die Erklärung mindestens sechs Monate vor Ablauf des betreffenden Geschäftsjahres abgeben (Kündigung). [8]) Diese Vorschrift hängt zum Theil offenbar damit zusammen, dass den übrigen Gesellschaftern die Fortführung der Gemeinwirthschaft durch Aufrechterhaltung des Gesellschaftsvertrages für sich und Abfindung des Kündigenden erleichtert werden soll. [9]) Bei **Gesellschaftsverträgen auf bestimmte Dauer** gewährt das Gesetz dem Gesellschafter das einseitige Rücktrittsrecht nur unter der Voraussetzung eines **„wichtigen Grundes"**, dafür aber ist der Rücktretende auch weder an die Innehaltung des Geschäftsjahres noch an eine Kündigungsfrist gebunden. Dieses Recht unverzüglichen Rücktritts aus wichtigem Grunde kommt den Gesellschaftern natürlich auch bei Verträgen mit unbestimmter Dauer zu Gute. Ob der von einem Gesellschafter für seinen Rücktritt vorgebrachte Grund „wichtig", folgeweise die Auflösung der Gesellschaft wirklich eingetreten ist, hängt von den konkreten Umständen ab, feste Rechtsnormen lassen sich darüber nicht geben. [10]) Deshalb hat sich auch das A. d. H.G.B. damit begnügt, einige leitende Beispiele anzuführen, [11]) und die Literatur vermehrt deren Zahl. Einige Autoren suchen die gesammten Beispiele auf ein einheitliches Princip zurückzuführen; so sagt v. Hahn: [12]) die Gründe lassen sich alle unter den einen Gesichtspunkt zusammenfassen, dass die wesentlichen Voraussetzungen, unter welchen der Gesellschaftvertrag abgeschlossen wurde, nicht oder nicht mehr vorhanden sind. [13])

Das Gesetz selbst nennt folgende Fälle:

α. Aeussere vom Willen der Gesellschafter unabhängige Umstände z. B. Staatsmonopol, Grenzsperrung, drückende Zollsteigerung u. s. w. machen die Erreichung des gesellschaftlichen Zweckes d. h. den Betrieb überhaupt oder doch den nutzbringenden Betrieb des Unternehmens fürderhin unmöglich. [14])

β. Unredliches Gebahren eines Gesellschafters in seiner Geschäftsführung

---

[7]) H.G.B. Art. 123, I, Nr. 5.

[8]) H.G.B. Art. 123, I, Nr. 6 u. Art. 124.

[9]) Vgl. unten S. 410 f.

[10]) Die Anfechtung des Gesellschaftsvertrages wegen vorgefallener Fehler bei Errichtung desselben z. B. Betrug, Irrthum u. s. w. gehört nicht hierher, dies würde nach allgem. bürgerlichen Recht zu entscheiden sein.

[11]) H.G.B. Art. 125.

[12]) v. Hahn, Commentar zu Art. 125, § 1 ff.

[13]) Vgl. dazu verwandte Bestimmungen des Preuss. A. L.R. I, 5, 77—384.

[14]) v. Hahn a. a. O. § 7.

oder Rechnungslegung z. B. Ausbedingung von Sondervortheilen bei Abschluss von Rechtsgeschäften mit Dritten und falsche Buchführung.[15])

γ. Unterlassung der obliegenden wesentlichen Verpflichtungen, z. B. ein Gesellschafter verweigert, die ihm in der Gemeinwirthschaft obliegenden Arbeiten zu leisten, oder die übernommene Kapitaleinlage zu zahlen.[16])

δ. Missbrauch von Gesellschaftsfirma oder Vermögen durch einen Gesellschafter für Sonderzwecke.[17])

ε. Ein Gesellschafter wird durch anhaltende Krankheit oder aus andern Ursachen z. B. Freiheitsentziehung zu den ihm obliegenden Diensten für die Gemeinwirthschaft unfähig.[18])

Andere wichtige Gründe können sein: eigenmächtiger Abschluss von Geschäften, welche über den Betrieb des Handelsgewerbes hinausgehen; Ernennung von Gesellschaftsprokuristen ohne oder gar gegen den Willen aller übrigen geschäftsführenden Gesellschafter;[19]) unerlaubter Abschluss von Konkurrenzgeschäften.[20])

Das Recht des einseitigen Rücktritts hat, wenn ein solcher wichtiger Grund wirklich vorliegt, jeder Gesellschafter, aber selbstverständlich in den soeben unter β. γ. δ. genannten und ihnen analogen Fällen nicht der Gesellschafter, dessen Verhalten eben jenen Grund abgiebt.

Erklärt ein Gesellschafter unter Bezug auf einen wirklich vorhandenen wichtigen Grund seinen Rücktritt, so ist der Gesellschaftsvertrag damit aufgelöst, erkennt einer oder mehrere der übrigen Gesellschafter den Grund des Rücktritts nicht als wichtig, folgeweise die Auflösung des Vertrages überhaupt nicht an, so kann die Sache durch Klage oder Einrede des Rücktretenden zu richterlicher Entscheidung gebracht werden; ersteren Falles würde das Gericht am Sitze der Gesellschaft kompetent sein.[21])

Ob der Gesellschafter, der durch sein Verhalten den Genossen Grund zum Rücktritt und zur Auflösung des Vertrages gab, diesen zur Entschädigung verpflichtet ist, entscheidet nicht das H.G.B., sondern das gewöhnliche Civilrecht.[22])

Bisweilen kann es zweifelhaft sein, ob der Gesellschaftsvertrag auf bestimmte oder unbestimmte Dauer läuft. Gewöhnlich wird die Dauer nach Geschäftsjahren oder Kalenderjahren bemessen, trotzdem können Zweifel entstehen, wenn dem Vertrage eine Resolutivbedingung eingefügt ist, sie kann den Sinn enthalten, die

---

[15]) R.O.H.G. XIII, 185. Andere Beispiele s. Anschütz a. a. O. S. 281, IV.

[16]) R.O.H.G. X, 433.

[17]) R.O.H.G. XX, 246.

[18]) Ueber die eigene oder eines andern Gesellschafters Verarmung als Rücktrittsgrund vgl. v. Hahn a. a. O. 486 f. u. Anschütz a. a. O. S. 281.

[19]) H.G.B. Art. 103 u. 104. Oben 360 f. u. 386 ff.

[20]) H.G.B. Art. 96 u. 97. Oben S. 372 ff.

[21]) v. Hahn a. a. O. S. 480 ff. u. Keyssner, Handelsrecht zu Art. 125, § 7, R.C.P.O. § 23.

[22]) Vgl. z. B. das A.L.R. I, 5, 377—384. S. auch Keyssner a. a. O. § 9. R.O.H.G. XVII, 367; XXIV, 310.

Gesellschaft solle bestimmt so lange dauern, bis die Resolutivbedingung eintritt, eben so gut aber auch den andern Sinn, wie lange die Gesellschaft dauere, bleibe unbestimmt, aber spätestens werde sie aufgelöst, wenn dieResolutivbedingung eintrete; nur in dem letzten Falle liegt eine Gesellschaft mit unbestimmter Dauer vor und findet das willkürliche Kündigungsrecht statt.[23]) Eine auf Lebenszeit eingegangene[24]) Gesellschaft ist als eine Gesellschaft von unbestimmter Dauer zu betrachten.

Kündigung kann, und zwar gleichgiltig, ob der Gesellschaftsvertrag auf bestimmte oder unbestimmte Dauer lautet, statt von dem Gesellschafter selbst, von dessen Sondergläubiger ausgehen, der nach fruchtlos vollstreckter Exekution in das Sondervermögen Arrest auf das dem Gesellschafter bei dereinstiger Auflösung zukommende Guthaben erwirkt hat.[25]) Die Modalitäten der Kündigung sind dieselben wie vorhin. Mit Ablauf der Kündigungsfrist ist auch hier die Gesellschaft vollgiltig aufgelöst.

III. **Die Auflösung der Gesellschaft tritt ein,** wenn ihr Grund „gesetzliche" Bestimmung ist, sobald der die Anwendung dieser gesetzlichen Bestimmung bedingende Umstand sich ereignet hat, wenn ihr Grund ein Rechtsgeschäft ist, in dubio sofort nach dessen Errichtung.[26]) Die geschehene Auflösung müssen die betheiligten Personen, nemlich die bisherigen Gesellschafter bez. deren Erben oder der letzteren Vertreter zur Eintragung in das Handelsregister anmelden[27]); bei Unterlassung der Anmeldung soll das Handelsgericht gegen sie mit Ordnungsstrafen vorgehen.[28]) Ist die Auflösung nicht in das Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht, so können die Betheiligten sie einem Dritten nur insofern entgegensetzen, als sie beweisen, dass sie dem letzteren dennoch bekannt war. Ist die Eintragung und Bekanntmachung dagegen geschehen, so muss der Dritte die Auflösung der Gesellschaft gegen sich gelten lassen, sofern nicht die Umstände die Annahme begründen, dass er diese Thatsache weder gekannt habe, noch habe kennen müssen.[29]) Nur bei Auflösung zu Folge Konkurseröffnung verlangt das A. d. H.G.B. nicht Eintragung und Bekanntmachung, dies jedoch nur aus formellen, ja eigentlich nur aus redaktionellen Gründen;[30]) statt seiner

---

[23]) Vgl. Keyssner, Handelsrecht zu Art. 123, § 11; und über Gesellschaftsverträge die auf unbestimmte Dauer, aber mit Einfügung einer gewissen Minimaldauer eingegangen sind § 14 und v. Hahn, Commentar zu Art. 124, § 2.

[24]) H.G.B. Art. 123, II.

[25]) H.H.B. Art. 126. Vgl. oben S. 397.

[26]) R.O.H.G. XIX, 17, 21. Vgl. aber oben S. 405.

[27]) R.O.H.G. XXI, 373. Instruktion des Justiz-Ministers (Preussen) v. 12. Dezember 1861, § 59 u. 58: „Die Eintragungen können auch auf Grund von Anmeldungen einzelner geschehen, insofern der Nachweis der betreffenden Thatsachen durch öffentliche Urkunden dergestalt geführt wird, dass ein rechtlich begründeter Widerspruch der übrigen Gesellschafter ausgeschlossen erscheint. Vgl. Protokolle 238 ff.

[28]) H.G.B. Art. 129, I, II, IV.

[29]) H.G.B. Art. 129, V, Art. 25. Ueber die Vertheilung der Beweislast vgl. v. Hahn, Commentar, Vorbemerkung zu Tit. 2, B. I, § 5 ff. R.O.H.G. XXI, 370 ff., XXII, 203. XXIII, 227.

[30]) H.G.B. Art. 129, I. Protokolle 1008; v. Hahn, Commentar zu Art. 129, A. 3.

haben bereits früher die Einführungsgesetze, und jetzt die deutsche Konkursordnung die entsprechende Norm aufgestellt.[31]) Ueberdies hat die Bekanntmachung der Konkurseröffnung ohnehin ihre selbstständige Wirkung.

Entsteht Streit unter den Gesellschaftern über das Vorhandensein der Auflösung, so kann Auflösung eigentlich nicht eher eingetragen werden, als bis ein rechtskräftiges Erkenntniss sie ausspricht, erfordert das Interesse eines der Betheiligten, z. B. um den andern Gesellschafter am weiteren Abschluss von Rechtsgeschäften für Rechnung der Gesellschaft zu hindern, eine frühere Eintragung, dann kann der Betreffende, da provisorische Eintragungen nach Art der Vormerkungen im Grundbuch nicht zulässig sind, sein Ziel nur dadurch erreichen, dass er sich eine provisorische Verfügung des Prozessgerichts über die Auflösung verschafft und auf Grund dieser die Auflösung eintragen lässt.[32])

IV. Die Wirkungen der Auflösung erstrecken sich nach zwei Richtungen. Zunächst treffen sie die persönliche Stellung der Gesellschafter nach innen und aussen, zwar wird die Gesellschaft durch Vertrag hervorgerufen, aber sie erschöpft sich nicht in dem Inhalt einer Obligation, ja überhaupt nicht eines Vermögensrechtsverhältnisses, sie zeigt sogar in ihren Rechtsnormen noch heute die Spuren, dass sie nicht ein reines Vermögensrechtsverhältniss ist, sondern ihren Ursprung auf ein Personenrechtsverhältniss zurückführt,[33]) welches allerdings vermögensrechtliche Zwecke bez. Verhältnisse verfolgt bez. erzeugt.

Vom Augenblick der Auflösung des Gesellschaftsvertrages ab hat, mit Ausnahme vertragsmässiger Aenderung und der wenigen bei dem Gesellschaftskonkurse in Betracht kommenden Fälle (S. 402) keiner der bisherigen Gesellschafter mehr das ihm vorhin ex lege zustehende Recht solidarisch für sich und seine Genossen rechtlich aufzutreten, folgeweise auch nicht mehr unter der Gesellschaftsfirma Geschäfte zu schliessen,[34]) oder Gesellschaftsbevollmächtigte und Prokuristen zu ernennen.[35]) Der Unterschied zwischen den von der Geschäftsführung oder Vertretung ausgeschlossenen Gesellschaftern und den andern verschwindet. Das Konkurrenzverbot verliert seine Kraft.[36]) Die bisherigen Gesellschafter unterliegen für die nach der Auflösung geschlossenen Rechtsgeschäfte Dritten gegenüber[37]) nicht mehr der gegenseitigen personenrechtlichen Haft, haften sie für Rechtsgeschäfte dieser Zeit gleichwohl, so liegt hier nur eine gewöhnliche

---

[31]) Die Bestimmungen der Einführungsgesetze s. bei Salpius, Die Ergänzungen der A. d. W.O. u. des A. d. H.G.B. (Berlin 1870) S. 139 ff., Dt. K.O. § 104 u. 103. Ausführungsgesetz zur Dt. K.O. für Preussen § 13: Die Eröffnung des Konkursverfahrens ist in das Handelsregister einzutragen. Die Eintragung erfolgt auf Grund der der Registerbehörde gemäss § 104 der Dt. K.O. mitzutheilenden Abschrift der Formel des Eröffnungsbeschlusses, die öffentliche Bekanntmachung der Eintragung unterbleibt.

[32]) Keyssner in Busch's Archiv V, S. 30 ff. u. XXI, S. 287 ff. Anschütz a. a. O. S. 282 f. u. v. Hahn, Commentar zu Art. 129, § 5.

[33]) Vgl. oben S. 329 ff.

[34]) Vgl. H.G.B. Art. 102, 99, 102, 103.

[35]) Vgl. H.G.B. Art. 104, 114 u. oben S. 360 f. u. 386 ff.

[36]) H.G.B. Art. 96, 97 u. oben S. 375 ff., Protokolle 4543, 4640, R.O.H.G. XXI, 144.

[37]) Vgl. unten S. 416.

korreale Obligation vor,[38]) und diese muss zurückgeführt werden entweder auf gemeinsames Handeln aller bisherigen Gesellschafter, oder auf Handeln durch gemeinsame Stellvertreter.[39]) Des H.G.B. Art. 112 findet daher streng genommen nach der Auflösung hier nicht mehr Anwendung, denn der Grund der jetzigen Solidarhaft ist ein anderer, und diese würde auch dann Platz greifen, wenn Art. 144 nicht dastünde.

Die Auflösung der durch den Gesellschaftsvertrag ins Leben gerufenen persönlichen Verhältnisse der Parteien zieht auch die **Auseinandersetzung** der sie begleitenden, sich zum Gesellschaftsvertrage wie Mittel zum Zweck und Wirkung zur Ursache verhaltenden vermögensrechtlichen Verhältnisse nach sich.

Die Auseinandersetzung bewegt sich prinzipiell in der dem echten, lediglich auf reine Vermittelung des Güterumlaufes gerichteten Handel entsprechenden sehr scharfen Form der sg. Liquidation; die gesammten Kapitalbestände werden in Geld umgesetzt, die Gesellschaftsforderungen eingezogen, die Gesellschaftsschulden bezahlt, der Rest unter die bisherigen Gesellschafter verrechnet und aufgetheilt. Tritt die Auflösung auf Grund der Eröffnung des Gesellschaftskonkurses ein,[40]) dann erfolgt der Theil der Auseinandersetzung, welcher die Gläubiger interessirt, nemlich die Einziehung der Aussenstände, die Versilberung der Masse und die ganze oder theilweise Befriedigung der Gläubiger im Wege des Konkursverfahrens; die gegenseitige Abrechnung haben die früheren Gesellschafter selbst vorzunehmen. Diese wird hier nicht selten nothwendig, und falls ein Gläubiger von der Solidarhaft der Gesellschafter Gebrauch gemacht hat, auch komplizirter als sonst sein.

V. Um das im Geschäft steckende Kapital in Geld behufs Vertheilung umzusetzen wird sowohl bei der Liquidation wie im Konkursverfahren prinzipiell das **Geschäft aufgelöst** und zerstückelt, nur die einzelnen Theile kommen zum Verkauf, jedoch steht nichts im Wege, wenn sich ein gleich gutes Resultat erwarten lässt, das **Geschäft im Ganzen zu verkaufen.**[41]) Wenn der Veräusserungsvertrag nicht Uebernahme der Geschäfts-Aktiva und -Passiva statuirt, entbehrt der ganze Vorgang für die Gesellschaftsgläubiger und Schuldner jeder direkten Bedeutung, enthält er dagegen solche Uebernahme — was bei Konkurs allerdings nicht vorkommt — so dürfen die Gläubiger ihre Forderungen von dem neuen Geschäftsinhaber einfordern, die Schuldner ihre Schuld an den neuen Geschäftsinhaber giltig bezahlen. Mit ausdrücklicher Einwilligung der

---

[38]) H.G.B. Art. 144. Vgl. oben S. 331 u. 392 ff.

[39]) S. § 94. H.G.B. Art. 133, 136, 140. Vgl. unten S. 416 u. 426.

[40]) S. oben S. 404 u. 398 ff.

[41]) Die Auseinandersetzung zwischen den Betheiligten wird hierdurch, entgegen der Ansicht von Endemann a. a. O. § 47, III, nicht abgewendet, sondern nur dem regelmässigen Verfahren der Liquidation gegenüber abgekürzt. Liquidation und Auseinandersetzung sind überhaupt nicht identisch. A. M. Endemann a. a. O. § 47, IV, Text zu Not. 10. Die Liquidation ist nur ein Weg zur Auseinandersetzung. — R.K.O. § 120. Veräusserung des ganzen Geschäfts im Konkurse s. R.K.O. § 122 ff.

bisherigen Gesellschafter bez. deren Erben, kurz der sg. Betheiligten, [42]) darf der Erwerber das Geschäft sogar unter der bisherigen Firma fortführen. [43])

An wen das Geschäft übergeht, [44]) das kann auf die juristische Konstruktion des Vorganges selbstverständlich keinen Einfluss ausüben. Am deutlichsten zeigt sie sich, wenn ein einzelner, oder auch mehrere zu einer neuen Offenen Handelsgesellschaft [45]) vereinigte Fremde, weniger durchsichtig dagegen, wenn einige der bisher Betheiligten in Offener Gesellschaft das Geschäft erwerben. [46]) Wann die „Betheiligten" den Beschluss fassen, die Liquidation durch solche Veräusserung des Geschäfts abzukürzen, ist gleichgiltig. Sie können es nach der Auflösung der Gesellschaft, während [47]) der Liquidation thun, oder auch vorher; nicht selten enthält schon der Gesellschaftsvertrag eine desbezügliche Bestimmung. [48]) Dadurch binden die Gesellschafter sich selbst, wie auch ihre Erben, was namentlich für Fortführung der Firma von Werth ist, nur durch neuen Vertrag können die Betheiligten sich später davon wieder frei machen.

Auf etwas ganz Anderes läuft es hinaus, wenn die sämmtlichen Gesellschafter, sei es von vornherein im Gesellschaftsvertrage, oder zwar später aber doch vor Auflösung [49]) der Gesellschaft übereinkommen, [50]) dass ungeachtet des etwaigen Ausscheidens eines oder mehrerer [51]) Gesellschafter die Gesellschaft unter den übrigen fortgesetzt werden solle. Scheidet dann ein Gesellschafter aus, sei es durch Tod, Kündigung, Uebereinkunft, Sonderkonkurs oder Unfähigkeit zu eigener Vermögensverwaltung, [52]) dann bleibt das Gesellschaftsverhältniss, entgegen der Regel, für die übrigen Gesellschafter völlig unberührt, sie führen das Geschäft ganz nach dem alten Vertrage nach wie vor fort, müssen sich aber

---

[42]) S. oben S. 407 zu Not. 27.

[43]) H.G.B. Art. 22.

[44]) Vgl. Endemann a. a. O. § 47, III.

[45]) Von andern Gesellschaftsformen sei hier des folgenden Zusammenhanges halber abgesehen.

[46]) Der Aeusserung von Endemann a. a. O. § 47, III: „Für die (alten) Gesellschafter treten dadurch an die Stelle der Realisirung ihrer Geschäftsantheile mittels Liquidation die vertragsmässigen Rechte gegen den neuen Geschäftsinhaber" vermag ich nicht beizustimmen, denn es ändert sich nichts, als dass die alten Gesellschafter nun statt des Geschäfts selbst den Kaufpreis desselben haben, die Auseinandersetzung bleibt ihnen auch hier noch.

[47]) Natürlich nicht so spät, dass von einem „Geschäft" füglich nicht mehr die Rede sein kann. S. oben S. 404, Not. 2.

[48]) S. Endemann a. a. O. § 47, III.

[49]) Also auch noch in der Zwischenzeit von Auflösungsvertrag oder Kündigung und Eintritt des Endtermines bez. der Bedingung. Vgl. v. Hahn, Commentar zu Art. 127, § 2.

[50]) H.G.B. Art. 127.

[51]) Einer bestimmten oder unbestimmten Zahl von Gesellschaftern, nur müssen mindestens noch zwei übrig bleiben. Ueber den Fall, dass nur einer übrig bleibt vgl. v. Hahn, Commentar, Zusatz zu B. II tit. 1, Abschn. IV. R.O.H.G. XI, 160 ff.

[52]) Selbstverständlich kann die oben erwähnte Verabredung sich auch auf einen oder mehrere dieser Ausscheidungsgründe beschränken.

mit dem Ausgeschiedenen oder dessen Erben auf Grund des Geschäftsstandes zur Zeit seines Ausscheidens auseinandersetzen.[53]) Regelmässig wird der Ausscheidende einen Aktivsaldo haben; für dessen wie in Geld berechneten so auch regelmässig in Geld[54]) zu leistenden Betrag, der seiner Höhe nach freilich noch unbestimmt zu sein pflegt, wird er Gläubiger der Gesellschaft.[55]) Da der augenblickliche Stand des Geschäfts und demgemäss auch des Guthabens des Ausscheidenden zum Theil von dem Ausfall der vor dem Ausscheiden bereits geschlossenen aber noch laufenden Geschäfte abhängt, so wird der Ausgeschiedene vorläufig nur einen Theil, regelmässig den Hauptheil seiner ganzen Forderung bezahlt erhalten, den Rest erst je nach Realisirung der einzelnen Geschäfte.[56]) Letztere liegt vollständig in den Händen der Gesellschaft. Häufig genug müssen zur Realisirung jener älteren Geschäfte noch neue Geschäfte eingegangen werden, diese gehen auch noch mit auf Rechnung des Ausgeschiedenen, andere spätere Geschäfte nicht.

Selbstverständlich darf der Ausgeschiedene bei Abschluss der Auseinandersetzung Rechnungslegung fordern; dauert die Auseinandersetzung mehrere Jahre, so ist er berechtigt, am Schlusse eines jeden Geschäftsjahres Rechnungsablage über die inzwischen erledigten Geschäfte, sowie die Auszahlung der ihm hiernach gebührenden Beträge, desgleichen den Nachweis über den Stand der noch laufenden Geschäfte zu fordern.[57])[58])

Ergibt die Auseinandersetzung für den Ausgeschiedenen einen Passivsaldo, so hat er diesen an die Gesellschaft einzuzahlen.[59])

Noch schneller wird das Verhältniss zwischen dem Ausgeschiedenen und der Gesellschaft gelöst, wenn die Parteien sich über Abfindung mit einer direkt oder indirekt bestimmten Summe einigen. Schon der Gesellschaftsvertrag enthält bisweilen eine desbezügliche Klausel, gibt auch wohl an, wie die Abfindungssumme berechnet werden soll.[60])

VI. Die Liquidation eines guten Geschäfts birgt stets die Zerstörung eines wirthschaftlichen Gutes in sich. Könnten Gesellschafter einen Genossen, dessen Verhalten oder Zustand einen „wichtigen" Grund zur Auflösung des Ver-

---

[53]) H.G.B. Art. 130, I.

[54]) H.G.B. Art. 131. Ausnahmen s. v. Hahn, Commentar zu Art. 131. Anschütz a. a. O. II, S. 293 u. Keyssner, Handelsgesetzbuch zu Art. 123, § 1.

[55]) R.O.H.G. X, S. 61. Ueber die Konsequenzen davon, falls die Gesellschaft dann in Konkurs fällt, s. R.O.H.G. XV, 57.

[56]) H.G.B. Art. 130, IV u. Puchelt, Commentar zu Art. 130, Nr. 10.

[57]) H.G.B. Art. 130. Ueber das Recht auf Einsicht der Handelsbücher vgl. Puchelt a. a. O. zu Art. 130, Nr. 11.

[58]) Ueber die Frage, ob der Ausgeschiedene gegen die Gesellschaft das Recht hat, von seiner personenrechtlichen Haft gegen Dritte befreit zu werden, vgl. Puchelt, Commentar zu Art. 130, Nr. 12 u. Keyssner a. a. O. zu 130, § 3, (dafür) v. Hahn, Commentar zu Art. 130, § 3, dem unbedingt zuzustimmen ist (dagegen).

[59]) S. oben S. 366 ff. v. Hahn a. a. O. § 2 u. Keyssner a. a. O. zu Art. 131, § 2.

[60]) R.O.H.G. XVI, S. 431 u. Erkenntniss des Badischen Kreis- u. Hofgerichtes zu Offenburg in Busch's Archiv XVI, S. 58.

hältnisses mit ihm bildet,[61]) nur dadurch los werden,[62]) dass sie entweder sich mit ihm über sein freiwilliges Ausscheiden gütlich einigen, um dann die Gesellschaft ohne ihn fortzusetzen, oder die Gesellschaft vollständig auflösen und Liquidation eintreten lassen, so läge es völlig in der Hand des schuldigen[63]) Genossen, seine Gesellschafter noch mehr zu schädigen, als er es ohnehin schon gethan hat. Um das zu vermeiden, trifft das A. d. H.G.B.[64]) die Bestimmung, dass, wenn die Auflösung der Gesellschaft aus Gründen gefordert werden darf — und dieses Recht hat jeder einzelne Gesellschafter[65]) — welche in der Person eines Gesellschafters[66]) liegen, die sämmtlichen übrigen Gesellschafter übereinkommen können, die Gesellschaft unter sich fortzusetzen, und den andern Gesellschafter **auszuschliessen, bez. abzufinden,** als wäre er freiwillig ausgeschieden. Fügt letzterer sich ihrem Beschlusse, dann liegt die Sache ebenso, als wenn die Gesellschaft durch gegenseitige Uebereinkunft aufgelöst ist,[67]) aber noch vor der Auflösung die sämmtlichen Gesellschafter übereingekommen sind, dass ungeachtet des Ausscheidens eines Gesellschafters, die Gesellschaft unter den übrigen fortgesetzt werden soll.[68]) Fügt er sich nicht ihrem Beschlusse, dann können sie ihr Recht, seine Ausschliessung, im Prozesswege geltend machen.[69]) Zur Fortführung der alten Firma bedürfen die Gesellschafter gleichwohl der Erlaubniss des Ausgeschlossenen, wenn sie dessen Namen enthielt.

Das Recht der Ausschliessung haben die Gesellschafter auch dann, wenn die Privatgläubiger eines Genossen an dessen Stelle kündigten.[70])

Haben die Gesellschafter nicht vor der Auflösung den oben erwähnten

---

[61]) H.G.B. Art. 125 u. oben S. 405.

[62]) Bisweilen würden sie den Genossen dadurch wenigstens unschädlich machen können, dass sie ihm die Vertretungsbefugniss entziehen; dann müssen aber auch die Voraussetzungen des Art. 101 vorliegen. S. oben S. 363 f.

[63]) Kasuelle Gründe sind selten, s. oben S. 404 f.

[64]) H.G.B. Art. 128.

[65]) Näheres s. oben S. 406 f.

[66]) Dies auch auf die Fälle auszudehnen, in denen einer der in Art. 123 genannten Auflösungsgründe sich in der Person eines Gesellschafters ereignet, wie Einige wollen — Endemann a. a. O. § 46, II, B, womit freilich § 45, I, B nicht stimmt; Keyssner, Erhaltung der Handelsgesellschaft S. 40, das oben Not. 60 citirte Offenburger Erkenntniss; Thöl a. a. O. § 101; Gareis a. a. O. S. 148 — kann gegenüber der klaren, wenngleich vielleicht verbesserungsbedürftigen Bestimmung des A. d. H.G.B. nicht aufrecht erhalten werden. S. v. Hahn, Commentar zu Art. 128, § 2 ff. und nun auch Keyssner, Handelsgesetzbuch zu Art. 128, § 3; Puchelt, Commentar zu Art. 128, Nr. 2; Dernburg a. a. O., II, § 222, A. 26.

[67]) H.G.B. Art. 123, I, Nr. 4. Puchelt a. a. O. zu Art. 130, Nr. 6.

[68]) H.G.B. Art. 127.

[69]) Ueber die verschiedenen Formen, Klage, Einrede vgl. v. Hahn, Commentar zu Art. 128, § 4, Keyssner a. a. O. zu Art. 132, § 2. Ueber den Zeitpunkt, nach welchem sich die Auseinandersetzung richtet, vgl. H.G.B. Art. 130, I; Puchelt a. a. O. zu Art. 130, Nr. 5. Für die Auseinandersetzung selbst gilt dasselbe wie bei dem Ausgeschiedenen.

[70]) H.G.B. Art. 132, 126 u. oben S. 407 u. Puchelt, Commentar zu Art. 132.

Vertrag über Fortdauer der Gesellschaft unter den übrigbleibenden Gesellschaftern geschlossen, so kann nachträgliche Uebereinkunft allein der übrigbleibenden Gesellschafter nicht mehr Fortdauer der alten Gesellschaft bewirken, sondern höchstens Errichtung einer neuen Gesellschaft, und eventuell durch Vertrag mit dem ausgeschiedenen Gesellschafter oder dessen Erben [71]) Uebernahme des Geschäfts mit allen Aktivis und Passivis, vielleicht unter Fortführung der alten Firma.

Ausscheiden und Ausschliessung eines oder mehrerer Gesellschafter müssen ebenso wie die völlige Auflösung der Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen werden. [72])

VII. Entgegen dem Römischen Recht lässt das A. d. H.G.B. trotz des Todes eines Gesellschafters eine **Fortsetzung der Gesellschaft unter den zurückbleibenden Gesellschaftern und den Erben des Verstorbenen,** also einen Eintritt der Erben an die Stelle des Erblassers zu. Es ist hier nicht die Frage zu untersuchen, ob überhaupt und wie ein Erblasser durch letztwillige Verfügung seinen Erben die Verpflichtung, in die durch seinen Tod eigentlich aufgelöste Offene Handelsgesellschaft einzutreten auferlegen kann, denn das hängt von dem partikulären oder gemeinen Erbrecht ab, hier bleibt nur festzustellen, welche Rechtswirkungen hat es, wenn der Gesellschaftsvertrag [73]) bestimmt, die Gesellschaft solle bei dem Tode eines Gesellschafters mit den Erben desselben fortbestehen. Jedenfalls treten die Erben des verstorbenen Gesellschafters nicht ipso jure in den Vertrag ein, sondern erst durch ihren Beitritt zu dem alten Gesellschaftsvertrage; ob sie beitreten wollen oder nicht, steht in ihrem freien Belieben, sie haben also nicht die Pflicht, wohl aber das Recht des Beitritts; [74]) in dubio aber haben sie, wenn sie überhaupt beitreten, nur das Recht bez. die Pflicht, in der Gesellschaft dieselbe Stellung einzunehmen, wie ihr Erblasser sie laut Vertrag oder gesetzlicher Bestimmung hatte. War letzterer z. B. von der Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossen, so müssen auch sie sich dies gefallen lassen oder können auch sie es beanspruchen, wollen sie das nicht, so bleibt ihnen nur übrig, gar nicht einzutreten. Besass der Verstorbene die Vertretungsbefugniss und beanspruchen auch die Erben sie, trauen ihnen die übrigen Gesellschafter die entsprechenden Fähigkeiten aber nicht zu, so bleibt letzteren nur der Ausweg, die Auflösung der Gesellschaft aus einem „wichtigen“ Grunde zu verlangen oder die Ausschliessung der Erben zu fordern. [75])

Bisweilen geht die Absicht des Gesellschaftsvertrages gar nicht darauf, dass die Erben wirklich in die Gesellschaft als volle Mitglieder eintreten sollen, oder dürfen, sondern nur, dass das Kapital eines Gesellschafters auch nach dessen Tode für Rechnung der Erben in dem Gesellschaftsgeschäft stehen bleiben soll oder darf. Ob das der Sinn des Vertrages ist, und welche Rechtsform

---

[71]) Das Endresultat ist freilich dasselbe, aber nicht die Konstruktion. A. M. v. Hahn, Commentar zu Art. 127, § 3.

[72]) H.G.B. Art. 129, III.

[73]) Vgl. oben S. 404.

[74]) v. Hahn, Commentar zu Art. 123, § 4 u. 5.

[75]) H.G.B. Art. 125 u. 128 u. oben S. 405 u. 412.

diese Betheiligung tragen soll, ob z. B. die Form der Stillen Gesellschaft, oder der Kommanditgesellschaft u. s. w. lässt sich nicht nach allgemeinen Grundsätzen, sondern nur durch Interpretation des Vertrages entscheiden;[76] höchstens könnte man bezüglich der Rechtsform sagen, steht es einmal fest, dass nur das Kapital in dem Geschäft verbleiben soll, so hat dies am ehesten in der Form der Stillen Gesellschaft zu geschehen, denn sie ist die einzige Form der Kapitalbetheiligung an einem fremden Handelsgewerbe, welche das A. d. H.G.B. enthält.[77]

§ 94.

G. Die Liquidation.

I. Sobald die Offene Handelsgesellschaft ihr Ende gefunden hat, hört zunächst der fernere Gewerbebetrieb für gemeinsame Rechnung auf; unmittelbar daran sollte sich dann die Auseinandersetzung der Gesellschafter schliessen. Bestünde, Ordnungsmässigkeit der bisherigen Führung der Gemeinwirthschaft, besonders auch der Bücher vorausgesetzt, das ganze gegenwärtige Gesellschaftsvermögen lediglich aus baarem Gelde, existirten also weder Gesellschaftsschulden, noch Gesellschaftsforderungen, noch andere Kapitalträger als Geld, dann brauchten jetzt nur die Geschäftsbücher abgeschlossen, und die Bestände den einzelnen Gesellschaftern nach eines jeden Kapitalkonto ausgeantwortet zu werden. Lediglich jenes Aufmachen, Fertigstellen, Ausfertigen der Rechnung, der Abrechnung liegt eigentlich in den Worten „Liquidation" und „liquidiren".[1] Da Bestand und Lage des Gesellschaftsvermögens niemals eine so einfache ist, wie vorhin angenommen, so besteht auch die Liquidation thatsächlich niemals in der reinen Abrechnung, sondern schliesst eine ganze Menge anderer, die Abrechnung theils vorbereitender, theils herstellender Akte, die ganze Geschäftsabwickelung in sich.[2] Selbst die Liquidation in diesem Sinne ist nur das Mittel zur schliesslichen Auseinandersetzung der Gesellschafter untereinander, zur Ueberweisung des Bestandes an die einzelnen Gesellschafter bez. zur Ausgleichung. —

Nur selten führen die Gesellschafter diese Abrechnung, oder Geschäftsabwickelung und Abrechnung, in Voraussicht des bevorstehenden Endes der Gesellschaft

---

[76]) Vgl. v. Hahn, Commentar zu Art. 123, § 5 f.

[77]) Vgl. oben S. 326.

[1]) Vgl. Lateinische, Italienische und Französische Lexika s. v. liquefacere, liquefare, liquefazione, liquidare, liquidazione, liquider, liquefaction, liquidation, z. B. von Georges, Valentini Sachs.

[2]) v. Hahn, Commentar zu Art. 133, § 1: Die nach Auflösung der Gesellschaft bestehende Rechtsgemeinschaft kann von den Betheiligten in beliebiger Weise aufgelöst werden. Das gesammte vorhandene Gesellschaftsvermögen kann einem der Gemeinschafter oder einem Dritten übertragen, es kann in natura unter die Gemeinschafter getheilt werden, es kann aber auch ein Verfahren eingeschlagen werden, durch welches „die laufenden Geschäfte beendigt, die Verpflichtungen der aufgelösten Gesellschaft erfüllt, die Forderungen derselben eingezogen werden, und das Vermögen versilbert wird." Dies Verfahren ist die Liquidation.

schon vor der Auflösung durch. Daher kann man mit dem A. d. H.G.B. sagen, nach Auflösung der Gesellschaft erfolgt die Liquidation.[3]) Löste die Gesellschaft sich zufolge Gesellschaftskonkurses auf, so soll keine Liquidation eintreten,[4]) aber m. E. muss eine Liquidation im Sinne von Abrechnung nicht selten auch hier stattfinden, denn ergibt der durchgeführte Konkurs noch einen Aktivbestand, dann liegt die Nothwendigkeit dazu auf der Hand, zehrt dagegen der Konkurs das ganze Vermögen auf und tragen die Gesellschafter Gewinn und Verlust nicht ganz proportional ihrer Kapitaleinlage, so werden sie — selbst wenn die Gesellschaftsgläubiger keinen Gesellschafter auf Grund seiner persönlichen Haft in Anspruch genommen haben — unter einander auch noch abrechnen müssen. — Das Konkursverfahren überhebt also nicht der Liquidation überhaupt, sondern nur der meistens mit ihr verbundenen Geschäftsabwickelung.[5])

Die Liquidation im Sinne des A. d. H.G.B. umfasst folgende Akte: Die Beendigung der laufenden Geschäfte, eventuell unter Eingehung neuer Geschäfte, Erfüllung der Gesellschaftsschulden, Einziehung der Gesellschaftsforderungen, Versilberung der Gesellschaftsvermögensstücke, Aufstellung der Abrechnung, schliessliche Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern.[6])

Soweit im Folgenden der Ausdruck Liquidation vorkommt, trägt er diese ihm vom A. d. H.G.B. gegebene Bedeutung. —

II. **Die Liquidation liegt zunächst in den Händen der bisherigen Mitglieder, bz. deren gesetzlicher Stellvertreter oder Erben**; die mehreren Rechtsnachfolger eines verstorbenen Gesellschafters müssen einen gemeinschaftlichen Vertreter bestellen. Recht und Pflicht bei der Liquidation mitzuwirken, haben diese früheren Gesellschafter — und insofern auch deren Rechtsnachfolger und Vertreter — kraft gesetzlicher Bestimmung aus Veranlassung des Gesellschaftsverhältnisses; sie können nur kollektiv handeln,[7]) darin aber liegt schon, dass sie durch vorgängige Uebereinkunft auch Aenderungen treffen können.[8]) Zustellungen an die liquidirende Gesellschaft geschehen mit rechtlicher Wirkung an Einen der Betheiligten.

Alle Handlungen nehmen sie für Rechnung der ja immer noch bestehenden, wenn auch bereits absterbenden Gemeinwirthschaft vor, und brauchen zur Bezeichnung dessen noch die alte Gesellschaftsfirma,[9]) jedoch fungirt diese, da ersichtlich sein soll, dass alle Betheiligten kollektiv handelten, nicht gleichzeitig als

---

[3]) H.G.B. Art. 133.

[4]) H.G.B. Art. 133, I.

[5]) R.O.H.G. XVI, S. 289: Der Art. 133, H.G.B. will, indem er den Konkurs als Ausnahme hinstellt, nur sagen, dass das Konkursverfahren jedes anderweite Abrechnungsverfahren so weit absorbire, als mittels des Konkursverfahrens die Versilberung des Gesellschaftsvermögens und seine Vertheilung an die Gläubiger endgiltig vollzogen wird u. s. w. Vgl. dazu Erkenntniss des App.Ger. Cöln in Busch's Archiv XXIX, S. 293 f.: Die Auseinandersetzung der Gesellschafter wird bezüglich ihrer gegenseitigen Rechte und Pflichten im Konkursverfahren selbst dann nicht herbeigeführt, wenn dasselbe nicht durch Konkordat, sondern durch regelmässige Durchführung zu Ende geführt wird. S. oben S. 409.

[6]) Andersartige Auseinandersetzung ist zulässig. S. 404, Not. 2 u. 414, Not. 2 u. 409.

[7]) H.G.B. Art. 136 u. 144, III.

[8]) Vgl. sofort unten S. 418 ff.

[9]) H.G.B. Art. 144 u. 111.

Rechnungsbezeichnung und Unterschrift, sondern ausschliesslich als Rechnungsbezeichnung;[10]) die Betheiligten sollen der gezeichneten Gesellschaftsfirma einen auf die Liquidation deutenden Zusatz, — in der Regel „in Liquidation", oder „in Liquid" oder „i. L." anfügen und unter das Ganze noch ihre eigene Namensunterschrift setzen.[11]) Diese Vorschrift ist allerdings nur eine Ordnungsvorschrift, aber doch eine die dem Rechtsverhalt entnommen ist und ihm genau entspricht; Nichtbeachtung schadet nicht stets, kann aber schaden.[12])

Die handelnden Betheiligten sind in den mit Dritten so geschlossenen Rechtsgeschäften **Selbstkontrahenten** und als solche schon nach allgemeinen Rechtssätzen direkt, solidarisch und illimitirt aus dem Vertrage verpflichtet,[13]) die ihnen erwachsenden Rechte dürfen sie jedoch nur kollektiv ausüben.[14]) Die solidarische Haft dauert also allerdings fort, aber ihr Grund ist ein anderer wie vorher. Der Dritte kann auf Grund **während bestehender Gesellschaft** geschlossener Rechtsgeschäfte auch jetzt noch erstens ex contractu gegen die Gesellschaftsfirma i. L., d. h. gegen alle Gesellschafter zusammen klagen, denn jetzt haben sie alle Geschäftsführungsbefugniss,[15]) und zwar nur kollektive, zweitens aus der personenrechtlichen Haft gegen jeden einzelnen Gesellschafter, resp. gegen die mehreren Erben eines verstorbenen Gesellschafters so, wie es das partikulare Erbrecht gestattet. Auf Grund erst **während der Liquidation** geschlossener Rechtsgeschäfte kann der Dritte dagegen nur ex contractu klagen, dies aber sowohl gegen die Gesellschaftsfirma wie gegen jeden einzelnen Gesellschafter, die gegenseitige personenrechtliche Haft hat mit dem Moment der Auflösung der Gesellschaft aufgehört. Da die Geschäftsführung eine kollektive ist und nach Art. 121 bezüglich der Kompensation hier dieselben Rechtssätze gelten wie vorher,[16]) so darf der Dritte bei Klagen unter der Gesellschaftsfirma nur solche Einreden vorbringen, welche ihm gegen alle Gesellschafter zustehen, und umgekehrt diese gegen den Dritten nur solche, welche ihnen allen zusammen zustehen. Anders bei Klagen gegen den einzelnen Gesellschafter. Neuer Erwerb soll sofort inferirt, Verlust aus dem sg. Gesellschaftsvermögen gedeckt werden. Die Gesellschaftsgläubiger können den neuen Erwerb, besonders im Falle der Eröffnung des Gesellschaftskonkurses, für sich in Anspruch nehmen.[17])

III. Einlagen, die bereits vor der Auflösung fällig waren, aber noch rückständig sind, dürfen resp. müssen auch jetzt noch eingezogen bez. bezahlt werden;[18])

---

[10]) Vgl. oben S. 331 ff.

[11]) H.G.B. Art. 139.

[12]) Puchelt a. a. O. zu Art. 139. R.O.H.G. IX, 215.

[13]) H.G.B. Art. 280, 144 u. 112. R.O.H.G. V, 392. S. 408 u. 426.

[14]) H.G.B. Art. 136.

[15]) Vgl. oben S. 401.

[16]) S. oben S. 393 ff. H.G.B. Art. 144, 121. Keyssner, Die Liquidation § 5 a. E. v. Hahn, Commentar zu 144, § 3. v. Kraewel a. a. O. S. 67.

[17]) Vgl. H.G.B. Art. 122.

[18]) Vgl. v. Hahn a. a. O. zu Art. 137, § 7. R.O.H.G. XXII, S. 136. H.G.B. 144 u. Art. 95. Jedoch wird die Einziehung, wenn die Gemeinschaftskasse auch ohne effektive Hergabe zahlungsfähig ist, kaum je erfolgen, vielmehr der Rückstand nebst Zinsen dem Säumigen auf sein Konto zu Last geschrieben. S. Keyssner a. a. O. S. 367.

die bekannten Präsumtionen über die Illation selbst und deren Itensität gelten ebenfalls.[19]) Selbst ganz neuen Einlagen steht nichts im Wege. Zur Ausgleichung eines Passivsaldo können die Betheiligten während der Liquidation ebensowenig gezwungen werden, wie vorher zu einer Erhöhung oder Ergänzung der durch Verlust geminderten Einlage.[20]) Für die Arbeit, welche die einzelnen Betheiligten bei der Liquidation aufwenden, steht ihnen ein Anspruch auf Vergütung nicht zu, die Liquidation und folgeweise die Liquidationsthätigkeit ist eben eine natürliche Folge des Gesellschaftsverhältnisses,[21]) deshalb hat auch jeder ganz wie während der Gesellschaft den Fleiss und die Sorgfalt anzuwenden, welchen er in seinen eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.[22]) Etwaige gelegentlich der Liquidation gemachte Auslagen kann jeder Betheiligte noch während schwebender Liquidation aus der Gemeinschaftsmasse bezahlt verlangen;[23]) das gleiche würde gelten, wennn einer der Betheiligten, auf Grund seiner personenrechtlichen Haft für eine alte, oder als Korrealschuldner für eine neue Gemeinschaftsschuld belangt, diese bezahlt hätte. Dass er, wie Keyssner[24]) lehrt, statt dessen ebenfalls noch während der Liquidation von seinen gewesenen Gesellschaftern, genauer wohl von den übrigen Betheiligten nach Verhältniss ihrer zum Verlust zu leistenden Beiträge das Verausgabte, soweit ihn nicht selbst ein Theil desselben trifft, einziehen darf, möchte ich nicht annehmen, da dieser Weg eventuell zu einer erzwungenen Erhöhung der vertragsmässigen Kapitaleinlage führt. Die Liquidation ist die zum Ende führende Fortsetzung der alten Gemeinwirthschaft, unter den Betheiligten bleibt in so weit dasselbe Rechtsverhältniss wie während der Gesellschaft, deshalb bleiben die Betheiligten bezüglich der Verträge mit dritten Personen über ihre Gesellschaftsantheile denselben Normen unterworfen wie vorhin.[25]) Der Dritte hat trotz eines solchen Vertrages kein Recht direkt gegen die Genossen seines Kontrahenten, vor allen Dingen kein Recht, sich in die Liquidation hineinzumischen.

Dauert die Liquidation jahrelang, dann muss ganz wie vorhin jährlich Inventur aufgenommen und Bilanz gezogen werden. Jeder der Betheiligten hat das Recht, nach eigenem Belieben die Zinsen seines Geschäftsantheils für das letztverflossene Jahr, und soweit es nicht zum offenbaren Nachtheile der Liquidation gereicht, auch den ihm gutgeschriebenen Gewinn des letzten Jahres abzuheben. Ob offenbarer Nachtheil droht oder nicht, kann eventuell im Wege der Klage auf Auszahlung entschieden werden.[26]) Zeigen sich bereits während der Liquidation noch weitere Gelder entbehrlich, so dürfen auch sie zur Vertheilung unter die Betheiligten kommen, der einzelne Betheiligte kann dies sogar

[19]) H.G.B. Art. 144. Vgl. mit Art. 91.

[20]) H.G.B. Art. 144, 92. Keyssner, Liquidation S. 367.

[21]) H.G.B. Art. 144, 133, Art. 103 u. 93 III. Oben S. 414 f. v. Hahn a. a. O. zu Art. 144, § 2.

[22]) H.G.B. Art. 144, 94. Keyssner a. a. O. S. 341 f.

[23]) Vgl. Keyssner a. a. O., S. 368 Details.

[24]) Keyssner a. a. O., S. 368.

[25]) Vgl. oben § 89 u. v. Hahn, Commentar zu Art. 144 § 2. H.G.B Art. 144 u. 98.

[26]) H.G.B. Art. 144 u. 108 II.

klagweise durchsetzen.[27]) Regelmässig wird hierbei nur betont, dass er den auf sein Konto fallenden Theilbetrag herausfordern dürfe; eine ganz andere Frage ist es, ob ein Betheiligter verlangen darf, dass die entbehrlichen Gelder überhaupt vertheilt werden, nicht blos an ihn, sondern an alle Betheiligten, damit diese Gelder ganz aus der Gemeinschaftskasse herauskommen, z. B. diese nicht unnütz belasten. Diese Frage muss verneint werden, es bliebe dem Betheiligten nur übrig, bei dem Richter den Antrag auf Ernennung besonderer oder anderer Liquidatoren zu stellen.

Dem entsprechend ist für die Sondergläubiger eines der Betheiligten Gegenstand der Exekution, des Arrestes oder der Beschlagnahme nicht nur das, was dieser an Zinsen und Gewinnantheilen zu fordern berechtigt ist, und was ihm bei der schliesslichen Auseinandersetzung zukommt, sondern auch das, was ihm bereits während der Liquidation vorläufig ausgeantwortet wird oder werden soll.[28]) Das Analoge gilt bezüglich der Bestimmungen des Art. 120. —

IV. Darf man den allgemeinen **Gerichtsstand** der Offenen Gesellschaft darauf zurückführen, dass das Gericht, an welchem das Haupt der Gesellschaft seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, aus Zweckmässigkeitsrücksichten auch die Kompetenz über dessen Genossen erhält, oder anders, dass das Gericht des Ortes, an welchem das Haupt der Gesellschaft seinen kaufmännischen Wohnsitz hat, über ihn und alle seine Genossen in allen Gesellschaftsangelegenheiten Kompetenz besitzt,[29]) so muss diese Kompetenz auch während der Liquidation und Auseinandersetzung fortdauern, oder mit den Worten des A. d. H.G.B.: der Gerichtsstand, welchen die Gesellschaft zur Zeit ihrer Auflösung hatte, bleibt bis zur Beendigung der Liquidation für die aufgelöste Gesellschaft bestehen.[30])

V. Oben hiess es, die Liquidation umfasse die Beendigung der laufenden Geschäfte, eventuell unter **Eingehung neuer Geschäfte**, das Gesetz braucht dafür die etwas abweichende Wendung:[31]) „Zur Beendigung schwebender Geschäfte können die Liquidatoren auch neue Geschäfte eingehen.“ Schon die Fassung lässt erkennen, dass dieser Satz in erster Linie für speciell ernannte Liquidatoren gilt, liquidiren die sämmtlichen Betheiligten selber, dann können sie, Uebereinkunft vorausgesetzt, auch neue Geschäfte eingehen, die nicht zur Beendigung schwebender Geschäfte dienen, und dies so viel sie wollen; höchstens könnte ihnen daraus die Folge erwachsen, dass Dritte in diesen Geschäften den Ausdruck der Fortsetzung des Weiterbetriebes der Gesellschaft sehen.

Häufig genug führen die Liquidation nicht die sämmtlichen „Betheiligten“, sondern speziell hierzu berufene Personen, **Specialliquidatoren**; ob dritte Personen oder einige der „Betheiligten“ berufen werden, ist gleichgiltig. Die

---

[27]) Vgl. R.O.H.G. III, S. 336 ff. v. Hahn, Commentar zu Art. 141 u. Puchelt, Commentar zu Art. 141. A. M. Keyssner a. a. O., 370 ff. u. weniger fest Handelsgesetzbuch zu Art. 141, 1.

[28]) H.G.B. Art. 119 u. 141.

[29]) Vgl. oben § S. 345 f.

[30]) H.G.B. Art. 144, II.

[31]) H.G.B. Art. 137, I.

Berufung ruht prinzipiell bei sämmtlichen „Betheiligten" zusammen, sie erfolgt durch einstimmigen Beschluss aller „Betheiligten". Etwaige desbezügliche Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages stehen solchen einstimmigen Beschlüssen selbstverständlich gleich. [32])

Auf Antrag eines „Betheiligten" kann aus wichtigen Gründen die Berufung besonderer Liquidatoren auch durch den Richter erfolgen. [33]) Als die Hauptgründe pflegen folgende hervorgehoben zu werden: [34]) die zerstreut auf der Erde wohnenden Rechtsnachfolger eines Gesellschafters können zur Bestellung eines gemeinschaftlichen Vertreters nicht sofort oder überhaupt nicht bewogen werden; die zu grosse Zahl der Gesellschafter macht ein Zusammenwirken unausführbar; die früheren Gesellschafter sind in solchem Hader, dass eine gemeinschaftliche Thätigkeit nicht möglich ist; die Gesellschafter sind einig, besondere Liquidatoren zu berufen, können sich aber über die Personen nicht einigen. Andere wichtige Gründe bieten die in Art. 125 des A. d. H.G.B. angeführten und ähnliche Fälle, [35]) denn oft genug läuft Antrag und richterliche Entscheidung in Wirklichkeit lediglich darauf hinaus, einen der Betheiligten von der Mitwirkung bei der Liquidation auszuschliessen. Ueber den Antrag muss im ordentlichen Prozesswege entschieden werden. [36])

Jeder Spezialliquidator kann, gleichviel ob er von den Betheiligten selbst oder vom Richter berufen wurde, durch einstimmigen Beschluss der Betheiligten wieder abberufen werden; ist er aus der Reihe der Betheiligten selbst genommen, vereinigt er also zwei Rollen in sich, so erfordert seine Abberufung natürlich auch seine Zustimmung, er kann also wider seinen Willen nicht abberufen werden; [37]) doch gewährt das Gesetz auch hier einen Ausweg: auf Antrag irgend eines Betheiligten kann die Abberufung eines Liquidators aus wichtigen Gründen stets auch durch den Richter erfolgen. [38]) Bezüglich Würdigung der Wichtigkeit der Gründe darf sich der Richter auch hier besonders an das A. d. H.G.B. Art. 125 halten.

Mehrere gleichzeitig vorhandene Spezialliquidatoren können, sofern nicht ausdrücklich bestimmt ist, dass sie einzeln handeln dürfen, die zur Liquidation gehörigen Handlungen mit rechtlicher Wirkung nur kollectiv vornehmen. [39]) — Wollen die Betheiligten selber die Liquidation durchführen, kommen aber dahin überein, dass jeder einzeln handeln könne, dann hat jeder Betheiligte (resp. der gemeinsame Vertreter der mehreren Erben) den Charakter eines Spezialliquidators mit solidarer Vertretungsbefugniss.

---

[32]) H.G.B. Art. 133, I.

[33]) H.G.B. Art. 133, II.

[34]) S. Keyssner, Liquidation S. 336. v. Hahn, Commentar zu Art. 133. § 15 u. 9.

[35]) Vgl. Mackower, Handelsgesetzbuch zu Art. 133, Not. 4a.

[36]) Mackower a. a. O. Not. 4b. Vgl. dagegen Keyssner a. a. O. u. v. Hahn a. a. O.

[37]) R.O.H.G. XX, S. 11.

[38]) H.G.B. Art. 134.

[39]) H.G.B. Art. 136.

Rechtsverhältniss zwischen den Spezialliquidatoren und den „Betheiligten". Die Liquidatoren, seien sie von den Betheiligten oder vom Richter berufen, handeln für Rechnung der Betheiligten, und haben hierbei deren bei der Berufung oder später einstimmig ertheilte Weisungen zu befolgen.[40] Mangels solcher Weisungen haben sie die ihnen vom Gesetz zugeschriebenen Befugnisse und Pflichten, nemlich:

Die laufenden Geschäfte zu beendigen, und zu diesem Behuf auch neue Geschäfte einzugehen.

Die Verpflichtungen der aufgelösten Gesellschaft zu erfüllen.

Die Forderungen derselben einzuziehen.

Das Vermögen der Gesellschaft zu Geld zu machen, unbewegliche Sachen aber dürfen sie ohne Zustimmung sämmtlicher Betheiligten nicht anders, als durch öffentliche — nicht nothwendig gerichtliche[41] — Versteigerung veräussern, d. h. verkaufen; auf blosse Verpfändung bezieht sich diese Beschränkung nicht.[42]

Vergleiche und Kompromisse mit Dritten in Gemeinschaftsangelegenheiten zu schliessen.

Etwaige Prozesse mit Dritten zu führen und sonstige gerichtliche und aussergerichtliche Rechtsakte vorzunehmen, z. B. die gerichtlichen Eide zu schwören.[43]

Rechtsverhältniss der Betheiligten und der Spezialliquidatoren Dritten gegenüber.

Innerhalb der soeben gezogenen Kreise können Dritte sich mit voller Rechtswirkung in einen Verkehr mit den Liquidatoren für Rechnung der Betheiligten einlassen, etwaige Beschränkungen brauchen sie, selbst wenn sie sie kennen, nicht zu beachten.[44] Partikularrechtlich etwa geforderter besonderer Vollmacht bedarf der Liquidator nicht.

Zwei Punkte fordern noch nähere Betrachtung:

Darf der Spezialliquidator für Rechnung der „Betheiligten" Immobilien erwerben? M. E. zweifellos ebenso wie andere Sachen; der Eintragung in das Grund- oder Hypothekenbuch steht nichts im Wege, sobald man annimmt, dass die Gesellschaftsfirma nur eine Rechnungsbezeichnung ist.[45] Dasselbe gilt für Erwerb von Pfandrechten, oder andern dinglichen Rechten an Immobilien.

---

[40]) H.G.B. Art. 140. Ob der Richter bei Berufung von Liquidatoren diesen solche Weisungen, Geschäftsanweisungen, geben, die gesetzlichen Befugnisse einschränken darf, bezweifle ich, denn dann müsste er auf Anrufen eines Betheiligten auch dem durch einstimmigen Beschluss sämmtlicher Betheiligten berufenen Liquidator solche ertheilen dürfen. Der Wortlaut des Gesetzes legt dem Richter nur die Befugniss bei, auf Antrag Liquidatoren zu berufen. A. M. Keyssner a. a. O. S. 338 f.

[41]) Vgl. Keyssner, Liquidation S. 348.

[42]) Vgl. v. Hahn, Commentar zu Art. 137, § 10. Preuss. Entw., Motive zu Art. 131

[43]) H.G.B. Art. 137 u. v. Hahn, Commentar zu Art. 137, § 8. Thöl § 99 zu Not. 17. R.O.H.G. X, 356 ff., XXI, 389 ff.

[44]) H.G.B. Art. 138.

[45]) S. oben S. 311 ff. und 337 f. v. Hahn, Commentar zu Art. 137, § 6 und Keyssner, Handelsgesetzbuch zu Art. 137, § 7, früher a. M.: Liquidation S. 360 f.

Die Beschränkung der Liquidatoren, nur solche **neue Geschäfte** einzugehen, welche **zur Beendigung schwebender Geschäfte** dienen, ist von dem Gesetz selbst gezogen, und fordert deshalb nicht blos von den Liquidatoren, sondern auch von dem Dritten Beachtung, er muss sich deshalb vor Abschluss eines Vertrages die Ueberzeugung verschaffen, dass das neue Geschäft wirklich den eben genannten Zweck verfolgt. Das wird ihm bisweilen nicht leicht fallen, geradezu Schwierigkeiten aber stellen sich in den Weg, wenn er prüfen soll, ob von den Liquidatoren ausgestellte, akzeptirte oder indossirte **Orderpapiere**, Wechsel, Anweisungen und Verpflichtungsscheine über eine Quantität vertretbarer Sachen oder Werthpapiere jener gesetzlichen Anforderung entsprechen.[46]) Doppelte Vorsicht scheint hier dringend geboten. Werthvolle Anhaltspunkte für etwaige Prüfung und Entscheidung solcher Fälle bieten die Ausführungen von Fr. v. Hahn, Commentar zu Art. 137 § 5, und von Keyssner in Goldschmidt's, Zeitschrift für das ges. Handelsrecht Bd. X, S. 358 f. und Bd. XI, S. 493 bis 413. Die Beweislast, dass ein von den Liquidatoren geschlossenes Geschäft jenen Karakter trage, liegt dem Dritten ob.[47])

Die Spezialliquidatoren haben die Unterschrift in eben der Weise wie die Betheiligten selber abzugeben.[48])

VI. Ist die Gesellschaft aufgelöst, und — wie es die Regel sein wird — nicht gleichzeitig jedes Rechtsverhältniss der Betheiligten untereinander und zu Dritten gehoben, so tritt mit Ausnahme des Konkurses die Liquidation ein; da auch Dritte ein rechtliches Interesse daran haben, zu wissen, wer die Liquidation führt, legt das Gesetz den Betheiligten die Pflicht auf, die betreffenden Personen, gleichviel ob sie alle selbst die Liquidation führen, oder speziell hierzu Berufene, und ob letztere von ihnen oder vom Richter berufen wurden, als **Liquidatoren** zum Handelsregister behufs **Eintragung in das Gesellschaftsregister** anzumelden.[49]) Tritt ein Liquidator aus, oder erlischt sonst wie seine Liquidationsbefugniss, dann muss auch dies zum Handelsregister angemeldet werden. Die „Betheiligten" — nicht etwa der Spezialliquidator — sind zur Befolgung dieser Vorschriften von Amtswegen durch Ordnungsstrafen anzuhalten.[50]) Darüber, wie weit Dritten solche Vorgänge entgegengesetzt werden können, entscheiden dieselben Rechtssätze wie bei den verwandten

---

[46]) Wenn die Betheiligten selber, nicht Spezialliquidatoren, die Liquidation führen, ist das Geschäft stets giltig. S. oben S. 418.

[47]) v. Hahn, Commentar zu Art. 137, Not. 11. Keyssner, an den im Text citirten Orten u. in s. Handelsgesetzbuch zu Art. 137, § 6. R.O.H.G. X, 345, XI, 493 ff. XIII, 226. XXI, 308. Archiv für prakt. Rechtswiss. Dritte Folge B. I, S. 177 ff.

[48]) H.G.B. Art. 139. Vgl. oben S. 416.

[49]) Die Anmeldungen sollen von allen Betheiligten ausgehen, doch können sie auch auf Grund von Anmeldungen einzelner Gesellschafter geschehen, insofern der Nachweis der betreffenden Thatsachen durch öffentliche Urkunden dergestalt geführt wird, dass ein rechtlich begründeter Widerspruch der übrigen Betheiligten ausgeschlossen ist. Instruktion des Justizministers (Preussen) v. 12. Dezember 1861, § 58, I.

[50]) H.G.B. Art. 135, I—III.

Erscheinungen der Lehre von der Prokura und der Vertretungsbefugniss Offener Gesellschafter.[51])

VII. Führen die sämmtlichen „Betheiligten" selber die Liquidation, so handeln sie für gemeinsame Rechnung in eigenem Namen. Diese wie andere Fragen z. B. über Prästation der Kulpa, Anspruch auf ein Entgelt für die bei der Liquidation entwickelte Thätigkeit wurden bereits oben berührt; sie entschieden sich im Wesentlichen alle einfach nach den während des Bestehens der Gesellschaft geltenden Rechtssätzen. — Man kann hier wohl von Liquidation, aber streng genommen, nicht von Liquidatoren sprechen, will man diese Personen gleichwohl so nennen, so darf man doch nicht übersehen, dass die für die Liquidation karakteristischen Rechtssätze bei ihnen gar nicht zur Geltung kommen; man vergleiche nur des A. d. H.G.B., Art. 133, 134, 136, 137, 138 cf. mit 116, 139, 140, 142. Mindestens tritt die Funktion eines Liquidators bei ihnen stets hinter der des „Betheiligten", des „Gemeinschafters", des früheren „Gesellschafters" zurück. Wirklich Liquidatoren möchte ich nur die zur Liquidation speziell berufenen, die oben deshalb Spezialliquidatoren benannten Personen nennen.

Die Spezialliquidatoren haben die Aufgabe, an Stelle der Betheiligten die Auseinandersetzung unter ihnen herbeizuführen, die Disposition über das Gemeinschaftsvermögen geht von den Betheiligten auf die Liquidatoren über, letztere schliessen erstere aus. **Die Liquidatoren sind der Betheiligten gesetzliche Vertreter,**[52]) mögen sie von diesen selbst oder vom Richter berufen sein; sie schliessen die erforderlichen Rechtsgeschäfte für Rechnung der Betheiligten, und als Zeichen dessen dürfen sie sich der alten Gesellschaftsfirma bedienen. Die Vertretenen, die „Betheiligten", werden aus solchen Rechtsgeschäften — deren Ordnungsmässigkeit vorausgesetzt — direkt, solidarisch und illimitirt verpflichtet; sie werden auch daraus berechtigt, aber nur die jeweiligen Liquidatoren können die Rechte ausüben, sie selbst nur dann, wenn sie die berufenen Liquidatoren absetzen und selber die Liquidation in die Hand nehmen. Wie das Rechtsgeschäft, so kann auch die Klage auf die Gesellschaftsfirma gestellt werden, den Prozess selbst aber führen die Liquidatoren; bezüglich der Einreden, der Rechtskraft des Urtheils und der Exekution aus solchen Urtheilen gilt das für den analogen Fall oben Gesagte.[53])

Ob und welche **Entschädigung** die **Spezialliquidatoren** für ihre **Mühwaltung** beanspruchen können, hängt in erster Linie von den Zusagen ab, welche ihnen bei ihrer Berufung gemacht wurden, Mangels solcher müssen allgemeine Grundsätze entscheiden; ist der Liquidator Kaufmann, so kann er sich eventuell auf das A. d. H.G.B. Art. 290 bez. auf Handelsgewohnheit berufen, andernfalls greift das Landesrecht ein.[54]) Ersterenfalls wäre auch der Grad der Sorgfalt nach Handelsrecht

[51]) H.G.B. Art. 135, IV, 25 u. 46. Vgl. oben S. 284 ff. u. 385 f.

[52]) R.O.H.G. X, S. 356 ff., XII, S. 216 f., XXI, S. 387 ff. v. Hahn, Commentar zu Art. 133, § 4 u. Art. 137, § 12, Not. 25 u. § 8.

[53]) S. oben S. 416 u. v. Hahn, Commentar zu Art. 137, § 12.

[54]) Vgl. v. Hahn, Commentar zu Art. 144, § 2. Keyssner, Liquidation S. 397 (daselbst sind auch einige Partikularrechte erwähnt) v. Kräwel a. a. O. S. 9 ff.

zu bestimmen, der Liquidator müsste die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns anwenden.[55]) Greift das Landesrecht ein, so wird der Liquidator regelmässig omnis culpa vertreten müssen.

VIII. Den letzten Akt der Liquidation bildet die **„schliessliche Auseinandersetzung."**[56]) Wie bei Errichtung der Gemeinwirthschaft Kapital aus der Wirthschaft des Einzelnen ausgesondert wurde, so wird ihr solches jetzt wieder überwiesen. — Auch dies ist Aufgabe der liquidirenden Betheiligten selber, bez. der Spezialliquidatoren. Zunächst werden von den in der Gemeinwirthschaft verwandten Sachen — soweit das nicht bereits vorher geschehen — diejenigen ausgesondert, welche auf Risiko eines einzelnen Gesellschafters stehen, und diesem in natura und in specie wieder zugestellt; die andern Illaten sind in natura nicht mehr vorhanden, das Liquidationsverfahren hat sie ja bereits in Geld umgesetzt.[57]) Der baare Kassenbestand und das sg. Gesellschaftsvermögen müssen sich jetzt decken. — Hierauf schreiben die Liquidatoren jedem Gesellschafter für die seit der letzten Inventur und Bilanz verflossene Zeit vierprozentige Jahreszinsen seines letzten Aktivsaldo gut;[58]) durch Abzug des Gesammtbetrages der vorher fertigzustellenden Kapitalkonti aller Gesellschafter (Aktiv- und Passivsaldi),[59]) kurz durch diese Schlussbilanz[60]) erhält man dann die Höhe des schliesslichen Geschäftsgewinnes oder Verlustes. Den einen wie den andern schreiben die Liquidatoren nach denselben Normen wie während des vollen Geschäftsbetriebes jedem einzelnen Gesellschafter auf seinem Kapitalkonto zu oder ab. Der nun resultirende Saldo jedes Kapitalkonto zeigt die schliessliche Stellung des betreffenden Gesellschafters zur Gemeinwirthschaft für die Auseinandersetzung an. Der Inhaber eines Passivsaldo muss dessen Betrag nachschiessen, am besten sofort an die Liquidatoren, andernfalls an die Genossen mit Aktivsaldo, deren jeder ihn mit der actio pro socio auf die ihm gebührende Summe beklagen kann;[61]) bleibt die Zahlung dennoch aus, so ist der Betrag **allen** Genossen des zahlungsunfähigen Gesellschafters als **Verlust** abzuschreiben.[62]) Dem Inhaber eines Aktivsaldo antworten die Liquidatoren von den unter ihrer Disposition stehenden Geldern den rechnungsmässigen Betrag baar aus. Stimmen die Betheiligten nicht sämmtlich den Auseinandersetzungsvorschlägen zu, besteht Streit unter den Betheiligten, so entscheidet der Richter, nicht etwa der Spezialliquidator.[63])

Nicht die ursprüngliche Kapitaleinlage, sondern die Schlussbilanz, der letzte Abschluss der Kapitalkonti giebt also den Maassstab für die Auseinandersetzung.

---

[55]) H.G.B. Art. 282.

[56]) H.G.B. Art. 142. R.O.H.G. VIII, S. 179.

[57]) Daher H.G.B. Art. 143.

[58]) S. Preuss. Entw. Art. 134 u. Motive dazu Keyssner, Liquidation a. a. O. S. 377 u. oben S. 417.

[59]) S. oben 367 ff.

[60]) Vgl. v. Hahn, Commentar § 142, § 1.

[61]) Vgl. Keyssner a. a. O. S. 384.

[62]) Nürnberger, Protokolle S. 254. Auerbach a. a. O. S. 117.

[63]) H.G.B. Art. 142, II. R.O.H.G. V, 391.

Zeigt sich im Laufe der Liquidation, dass das Gesellschaftsvermögen zur Deckung der Schulden nicht hinreicht,[64]) dann tritt, sofern die Betheiligten nicht freiwillig nachschiessen, das Konkursverfahren an Stelle der Liquidation. Dieses bezweckt nur Verwendung des Gesellschaftsvermögens zur Befriedigung der konkurrirenden Gesellschaftsgläubiger. Die einzelnen Gesellschafter werden dadurch vielleicht in einem ihrem Gesellschaftsvertrage, oder dem Gesetz nicht entsprechendem Maasse, also in ungleicher Weise getroffen; sich dessbezüglich auseinanderzusetzen, ist Sache der Gesellschafter selbst, schliesslich kann jeder seine Genossen mit der actio pro socio auf Ausgleichung durch Baarzahlung belangen. (Vgl. oben S. 415 u. 423).

IX. Nach den früheren Ausführungen[65]) nimmt die Illation als solche dem Inferenten nicht das Eigenthumsrecht an der eingelegten Sache, so lange letzte in der Gemeinwirthschaft in natura vorhanden ist, bleibt sie im Eigenthum des Inferenten; die Illation erzeugt also kein Miteigenthum der Gesellschafter, daher haben sie bei der Veräusserung, speziell bei der Versilberung in der Liquidation auch kein Vorkaufsrecht ex jure condominii.[66]) Veräusserung durch einen vertretungsbefugten Gesellschafter während der Gesellschaft entzieht dem Inferenten sein Eigenthumsrecht, was dagegen oder sonst wie erworben wird, fällt zunächst in das Eigenthum des Kontrahenten, muss aber sofort inferirt werden. Vom Augenblick der Auflösung der Gesellschaft an ruht die Disposition über das ganze Gesellschaftsvermögen kollektiv bei allen „Betheiligten" oder bei ihren Vertretern, den Spezialliquidatoren. Durch den kollektiven Abschluss der Rechtsgeschäfte bei Umsetzung der Illaten in Geld, und durch die Vermischung der Münzstücke kann, und wird regelmässig, ein gemeinschaftliches Eigenthum am Gelde entstehen, dieses Miteigenthum aber ist sicherlich nicht das Miteigenthum, welches diejenigen im Auge haben, die annehmen, in der Offenen Handelsgesellschaft stünde das ganze Gesellschaftsvermögen im Miteigenthum aller Gesellschafter, es äussert keinen Einfluss auf die Auseinandersetzung, die liquidirenden Betheiligten oder die Spezialliquidatoren verfügen über dieses Geld gerade so, wie über die früheren Werthträger.

Bisweilen wird die Liquidation, um sie abzukürzen, nicht vollständig durchgeführt,[67]) es werden z. B. nicht alle Sachen versilbert, nicht alle Forderungen eingezogen, nicht alle Schulden bezahlt, sondern nach vorgängiger Uebereinkunft aller „Betheiligten" einzelnen Gesellschaften in Anrechnung überwiesen. Wie weit solch ein Gesellschafter später seine Genossen eventuell um Gewährleistung angehen kann, richtet sich nach gewöhnlichem Civilrecht, es sollen „die in dem zuständigen bürgerlichen Recht geltenden Grundsätze über Zuweisung von Sachen und Forderungen bei Theilung einer Gemeinschaft"[68]) Platz greifen. Die That-

[64]) Ueber diesen Fall vgl. Keyssner, Liquidation a. a. O. S. 384 ff.

[65]) S. oben S. 335 ff. u. 351 ff.

[66]) Vgl. Thöl a. a. O. § 100 zu Not. 4.

[67]) Vgl. Keyssner a. a. O. S. 380 f. Ueber theilweis antizipirte vorläufige Auseinandersetzung vgl. v. Hahn, Commentar zu Art. 142, § 2.

[68]) v. Hahn, Commentar Art. 142, § 3. Auerbach a. a. O. S. 118. Anschütz a. a. O. S. 300.

sache selbst ist richtig, der angegebene Grund nicht. Eine wirkliche juristische Gemeinschaft, eine communio liegt ja regelmässig gar nicht vor, der einzelne Gesellschafter ist daher nicht der Sukzessor im Eigenthumsrecht aller Gesellschafter, vielmehr geht die betreffende Sache direkt aus dem Eigenthumsrecht des anfänglichen oder späteren Inferenten auf den sie in der Auseinandersetzung annehmenden Gesellschafter über.[69]) Grund der Gewährleistung ist nicht das Eigenthum oder das Miteigenthum, sondern die Veräusserung, hier die Ueberweisung; aber weil diese von allen kollektiv handelnden Betheiligten oder deren Vertretern, den Spezialliquidatoren ausgeht, und weil diese für gemeinschaftliche Rechnung handeln, ist auch die Gewährleistung eine gemeinschaftliche Last aller Betheiligten,[70]) der gewährberechtigte Gesellschafter macht sein Recht eventuell mit der actio pro socio geltend. — Häufig genug wird die der Ueberweisung zu Grunde liegende Uebereinkunft die Absicht bergen, jede Gewährleistung zu verwerfen.[71])

X. Nach vollständiger Beendigung der Liquidation werden die **Bücher** und **Schriften** der aufgelösten Gesellschaft einem der gewesenen Gesellschafter oder einem Dritten **in Verwahrung** gegeben. Einigen sich die Gesellschafter über die Person des Verwahrers nicht gütlich, so bestimmt der Richter jemanden dazu. Die Gesellschafter und deren Universalsukzessoren behalten das Recht auf Einsicht und Benutzung der Bücher und Papiere.[72]) Die bereits vor der Auflösung ausgeschiedenen oder ausgeschlossenen Gesellschafter haben geringere, nemlich nur die ihnen in das H.G.B. Art. 130 eingeräumten Rechte.[73])

§ 95.

H. Verjährung der Klagen dritter Personen.

Dem Gesellschaftsgläubiger stehen, um Befriedigung seiner Rechte zu erlangen, mehrfache Klagen offen,[1]) er kann entweder aus dem Vertrage klagen und die Klage unter der Gesellschaftsfirma rubriziren, oder auf Grund der personenrechtlichen Haft gegen einen, mehrere oder alle einzelnen Gesellschafter klagen und die Klage dann auf des bez. der Beklagten Namen stellen. Die

---

[69]) S. oben S. 335 ff. Das Analoge gilt bei der Ueberweisung von Gesellschaftsforderungen oder anderen Rechten.

[70]) Protokolle S. 256: „Wenn die Gesellschaft aufgelöst werde, so würde sich als Endresultat entweder Gewinn oder Verlust herausstellen. Sei das Erstere der Fall, dann sei für die Frage, wie viel einer an der Einbusse bei schlechten Forderungen zu tragen habe, das Verhältniss maassgebend, nach welchem die Gesellschafter am Gewinn partizipirten, denn um die auszugleichende Einbusse werde der berechnete Gewinn sich mindern. Wo aber schliesslich ein Verlust sich ergebe, da entscheide das Verhältniss, nach welchem der Verlust zu tragen sei, denn dieser wachse um die in Frage stehende Einbusse." Vgl. noch die weiteren Ausführungen und Beispiele von Keyssner a. a. O. S. 383 f.

[71]) Protokolle S. 257.

[72]) H.G.B. Art. 145. R.O.H.G. VII, 69 ff. Keyssner a. a. O. S. 397 ff.

[73]) Vgl. Thöl a. a. O. § 100 a. E.

[1]) S. oben S. 393 ff.

erste [2]) Klage richtet sich, sobald mit Auflösung der Gesellschaft die Liquidation eingetreten ist, gegen die liquidirenden „Betheiligten" bez. die Spezialliquidatoren, die zweite Klage kann sich richten gegen jeden der zur Zeit der Errichtung des die Klage veranlassenden Vertrages, oder zur Zeit der Auflösung der Gesellschaft, oder in der Zwischenzeit Mitglied der Gesellschaft war, bez. gegen deren Universalsukzessoren.

Klagen der ersten Art sind nur möglich, so lange die früheren Gesellschafter noch unter der Gesellschaftsfirma auftreten, also nur noch während der Liquidation, [3]) oder anders ausgedrückt, nur so lange noch ungetheiltes Gesellschaftsvermögen [4]) vorhanden ist.

Nach beendigter Liquidation bleiben dem Gesellschaftsgläubiger nur die Klagen der zweiten Art. Ihre eigenartige Basis, personenrechtliche Haft der Gesellschafter, rechtfertigt auch eine eigenthümliche Behandlung; das A. d. H.G.B. unterwirft sie einer kurz bemessenen Verjährung von fünf Jahren. [5])

Andere als die obengenannten Klagen unterliegen dieser Verjährung nicht, so vor allen nicht die Actio pro socio, [6]) desgleichen nicht die Klagen aus Rechtsgeschäften, welche ein Dritter erst während der Liquidation, sei es mit den liquidirenden Betheiligten selbst, sei es mit den Spezialliquidatoren, schloss. [7])

Die Verjährungsfrist beginnt für Klagen gegen die bei Auflösung der Gesellschaft noch vorhandenen Mitglieder mit dem Tage, an welchem die Auflösung der Gesellschaft, für den bereits vor völliger Auflösung der Gesellschaft ausgeschiedenen oder ausgeschlossenen Gesellschafter mit dem Tage, an welchem seine Ausscheidung oder seine Ausschliessung in das Handelsregister eingetragen ist. [8]) Auf die Publikation des Eintrags kommt es nicht an.

Derselben Verjährung, mit dem gleichen Beginn unterliegt die Klage gegen den ausgeschiedenen oder ausgeschlossenen Gesellschafter auch ohne spätere Auflösung der ganzen Gesellschaft, [9]) denn für ihn hört ja die Gesellschaft, das personenrechtliche Band bereits mit seinem Austritt auf. Bei Forderungen, die erst **nach** der Eintragung fällig werden, beginnt die Verjährung erst mit dem Zeitpunkt der Fälligkeit. [10])

War das Recht des Dritten aus dem Vertrage zu einer Zeit, welche an sich noch Klagen ex contractu gegen die Gesellschaftsfirma gestattete, bereits untergegangen z. B. wegen Verjährung, dann fehlt dem Dritten selbstverständlich auch die Basis für eine Klage auf Grund der personenrechtlichen Haft, [11]) des-

---

[2]) Vgl. oben S. 392.

[3]) H.G.B. Art. 144 u. 111 u. oben S. 415 f.

[4]) Daher der Art. 147 des H.G.B. Vgl. R.O.H.G. IX, S. 85 f.

[5]) H.G.B. Art. 146.

[6]) R.O.H.G. VIII, 247 f.

[7]) Ueber den Grund vgl. oben S. 416.

[8]) H.G.B. Art. 146, II. R.O.H.G. XII, 248, XX, 348 ff.

[9]) H.G.B. Art. 146, I.

[10]) H.G.B. Art. 146, III.

[11]) Vgl. oben S. 394 f.

gleichen, wenn eine andere aus sachlichen Gründen eintretende Verjährung zwar nach dieser Zeit, aber doch vor Ablauf der hier besprochenen fünfjährigen Verjährung vollendet wurde.[12])

Endigte die Gesellschaft in Folge Eröffnung des Gesellschaftskonkurses, dann haben die Gesellschafter nicht das beneficium der fünfjährigen Verjährung.[13])

Dauert die Liquidation länger als fünf Jahre nach Eintragung der Auflösung, dann hat der Gesellschaftsgläubiger noch die Kontraktsklage gegen die Gesellschaftsfirma, jedoch nicht mehr die Klage gegen die einzelnen Gesellschafter auf Grund ihrer personenrechtlichen Haft (Art. 147). Aber Anerkennung des Rechts während der Liquidation würde dem Dritten die gesammten bisherigen Gesellschafter correaliter und dauernd verpflichten.

Eine Klage ex contractu, welche der Dritte zur Geltendmachung seines Rechts nach Auflösung der Gesellschaft gegen die Gesellschaftsfirma anstellt, trifft die sämmtlichen Betheiligten direkt,[14]) deshalb unterbricht sie nicht blos die Verjährung der Klage aus dem Vertrage, sondern auch die der Klage auf Grund der personenrechtlichen Haft gegen eben dieselben Personen.[15])

Die gegen einen Gesellschafter auf Grund der personenrechtlichen Haft angestrengte Klage richtet sich nur gegen diesen allein, daher unterbricht sie zwar die Verjährung gegen ihn, nicht aber gegen seine Genossen.[16])

Die während Bestehens der Gesellschaft angestellte Kontraktsklage trifft nur die zur Zeit vertretungsbefugten Gesellschafter,[17]) deshalb wird durch solche Klage die fünfjährige Verjährung der Haftklage gegen bereits ausgeschiedene oder ausgeschlossene Gesellschafter nicht unterbrochen.

Was soeben von der Klage gesagt wurde, gilt analog auch von andern zur Unterbrechung der Verjährung geeigneten Rechtshandlungen.[18])

Die Verjährung dieser personenrechtlichen Haftklage läuft auch gegen Minderjährige und bevormundete Personen, sowie gegen juristische Personen, denen gesetzlich die Rechte der Minderjährigen zustehen, ohne Zulassung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, jedoch mit Vorbehalt des Regresses gegen die Vormünder und Verwalter.[19])

---

[12]) Protokolle S. 265. Anschütz a. a. O. S. 319, und Fälle solcher Verjährung H.G.B. Art. 349 f., 386, 408, 423, 906—911. A. d. W.O. Art. 77 ff. v. Hahn, Commentar zu Art. 146, § 4 f.

[13]) Die Begründung s. R.O.H.G. XXIII, 235 ff.

[14]) S. oben S. 407 f. u. 415 ff.

[15]) H.G.B. Art. 148, II a. E.

[16]) H.G.B. Art. 148, II u. 148, I. a. E.

[17]) S. oben S. 392.

[18]) H.G.B. Art. 148, I u. II.

[19]) H.G.B. Art. 149.

III. Die Kommanditgesellschaft.

Von Professor Dr. Wendt in Jena.

§ 96.

A. Begriff der Kommanditgesellschaft.

Das Wesen der Offenen Handelsgesellschaft ist seit Beginn der selbständigen Entwickelung des Handelsrechtes wohl unverändert darin gefunden, dass zwei oder mehrere Personen sich zum gemeinschaftlichen Betrieb eines Handelsgewerbes verbinden und zur Kreditbasis desselben ihre volle persönliche Haftung einsetzen. Wer nun, noch absehend von dem historischen Entwickelungsgange, rein deduktiv diese offene Gesellschaft und die in ihr liegenden Prinzipien prüft, wird zwei verschiedene Gedanken mit einander verknüpft finden und also einen Gegensatz in zweierlei Richtung aufstellen können. Zunächst dem gemeinschaftlich betriebenen Gewerbe steht die Möglichkeit gegenüber, am Geschäft eines Anderen, ohne selbst Kaufmann und Mitinhaber zu werden, mit Kapital oder Arbeit sich zu betheiligen, um dafür durch einen Antheil am erhofften Gewinne entschädigt zu werden. Sodann kommt, was die Deckung eintretender Verluste und die Erfüllung der kontrahirten Verbindlichkeiten angeht, die Möglichkeit einer auf den Einsatz bestimmter Einlagen beschränkten Betheiligung in Betracht, die Möglichkeit einer Gesellschaft mit beschränkter Kreditbasis.

Soweit uns nun durch die rechtshistorische Forschung [1]) Nachrichten über die Entwickelung des Gesellschaftsrechtes gegeben sind, bestätigen dieselben

---

[1]) Rechtshistorisches Material findet sich vor Allem in der Dissertation von Goldschmidt de societate en commandite, spec. I, Halis 1851, und bei Endemann, Studien in der romanisch-kanonischen Wirthschafts- und Rechtslehre, Bd. I, S. 361—371, 393—408. Dazu jedoch Lastig, Beiträge zur Geschichte des Handelsrechtes in der Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht Bd. 24, S. 387—449. In den Lehrbüchern ist meist nur auf Casaregis verwiesen, dessen Beschreibung bei Brinckmann, Lehrbuch des Handelsrechtes § 54, Anm. 2, wörtlich angeführt, bei Thöl, Handelsrecht (1. Aufl.) Bd. I, § 40, Anm. 5, § 42, Anm. 2 im Auszuge mitgetheilt ist. Was die neuere Zeit angeht, die Schicksale des Instituts in der modernen Gesetzgebung, sowie die vom deutschen Handelsgesetzbuch bewirkte Scheidung der Kommandite von der stillen Gesellschaft, so ist besonders auf die Ausführungen von Anschütz zu verweisen, in Anschütz-

zwar das Vorhandensein dieser beiden Gegensätze, zeigen aber auch, dass lange Zeit hindurch die Verwirklichung einer auf eine Einlage beschränkten Betheiligung nur in der Weise des Einschiessens der Einlage in ein fremdes Geschäft für zulässig gehalten wurde, und dass man umgekehrt in Ansehung einer solchen stillen Theilhaberschaft nur an die beschränkte Kapitaleinlage zu denken gewohnt war. Mit anderen Worten, als Gegensatz der offenen Gesellschaft entwickelte sich eine zweite Gesellschaftsform, deren Wesen nach der einen Seite durch das Schlagwort particeps non socius ausgedrückt wurde, bei welcher aber andererseits diese Partizipation den auf eine bestimmte Kapitalsumme beschränkten Einsatz bedeutete. Bezeichnend für diese Thatsache ist es, dass auch in der Terminologie der deutschen Doktrin die Ausdrücke Kommandite und stille Gesellschaft für gleichbedeutend genommen und promiscue angewendet wurden. So pflegte man daher früher zu formuliren, dass bei der stillen oder Kommanditgesellschaft sich Jemand mit Einlegung eines bestimmten Betrages an dem Gewerbebetriebe eines Kaufmanns betheilige, um in bestimmtem Verhältniss an Gewinn und Verlust desselben Theil zu nehmen, wiewohl der Verlustantheil den eingelegten Betrag nicht übersteigen solle. Nach aussen hin sei dann zwar keine Handelsgesellschaft zu erblicken, und nur im inneren Verhältniss bestehe eine Gesellschaft: particeps non socius oder auch societas privata quae ad socios non ad ceteros vim habet.

Indessen hat es auch nicht an Schwankungen gefehlt, und wenn schon bei den Italienern gelegentlich hervortritt, dass zwischen participatio und accommandita dennoch eine Verschiedenheit bestehe, so ist unter den Neueren auf **Heise** zu verweisen, der in seinen berühmten handelsrechtlichen Vorträgen [2]) die Kommanditengesellschaft von der anonymen Gesellschaft vollständig trennte. Nach ihm bedeutet die Kommanditengesellschaft die Einlagebetheiligung, ohne dass dafür Anonymität in Betracht käme, während umgekehrt bei der anonymen Gesellschaft die beschränkte Betheiligung und Haftung nichts Wesentliches sein soll. Die Kommanditengesellschaft hat also ihre eigene, d. h. Gesellschaftsfirma, und es ist sogar statthaft, wiewohl nach einzelnen neueren Gesetzen verboten, dass auch der Name des Kommanditisten in der Firma genannt werde; es ist somit wirkliche societas mercatoria, keine blosse participatio vorhanden. Diese Lehre **Heise's** kehrt wenigstens zum Theil auch bei **Thöl** wieder, insofern auch dieser gemeinrechtlich gegen den Namen des Kommanditisten in der Firma Nichts einzuwenden fand. Bei **Thöl** ist aber gleichwohl die Identität dieser Kommandite mit der s. g. stillen Gesellschaft festgehalten, so dass für eine selbständige dritte Kategorie kein Raum gelassen ist. **Heise's** Einfluss ist aber deutlich in den Entscheidungen des O.A.Gerichtes zu **Lübeck** [3]) zu

---

Völderndorff, Kommentar Bd. II, S. 330—342. Zu vergleichen ist auch Goldschmidt, Der Entwurf eines Handelsgesetzbuches für die preuss. Staaten, in der kritischen Zeitschrift für die gesammte Rechtswissenschaft Bd. IV, S. 322—353.

[2]) Heise's Handelsrecht, nach dem Originalmanuskript, Frankfurt a. M. 1858, §§ 22, 23.

[3]) In Seuffert's Archiv ist im II. Bande unter Nr. 287, 288 eine Lübecker Entscheidung mitgetheilt, welche von der stillen Gesellschaft im obigen Sinne handelt.

spüren, welche ebenfalls den Begriff des stillen Gesellschafters in einem Sinne handhaben, wonach dieser Ausdruck keineswegs gleichbedeutend ist mit Kommanditist. Stille Sozietät und beschränkte Haftung fallen danach keineswegs zusammen, und so belegt sich daran die am Eingang ausgesprochene These, dass der Begriff der offenen Gesellschaft einen doppelten Gegensatz zulasse.

Aber auch da, wo an sich Kommandite und stille Gesellschaft für gleichbedeutend genommen wurde, ergab sich noch eine Besonderheit aus der Veröffentlichung der Theilhaberschaft, die sogenannte kundgemachte stille Gesellschaft, was nach der einen Seite freilich einen Widerspruch im Worte bedeuten musste. Untersucht ward vor Allem der Einfluss solcher Kundmachung auf die Haftung des stillen Gesellschafters, sowohl in Beziehung auf den Umfang der Haftung als rücksichtlich eines etwaigen direkten Klagerechts der Gläubiger gegen denselben. Das scheint überhaupt zu allen Zeiten die wichtigste Frage gewesen zu sein, ob ein direktes Klagerecht der Gläubiger, und eventuell unter welchen Voraussetzungen, gegen den Kommanditisten angenommen werden dürfe. Auch in der Gegenwart dreht sich um diesen Punkt das besondere Interesse von Theorie und Praxis.

Als daher die Zeit des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches gekommen war, standen die gezeigten Gegensätze zur Lösung, und die gesetzgebenden Faktoren hatten bei ihren Berathungen und Beschlüssen davon den Ausgang zu nehmen. Die Entscheidung ist dahin gefallen, der offenen Gesellschaft in der That nicht ein, sondern zwei Gegenstücke gegenüberzustellen; es ist die völlige Trennung der Kommanditgesellschaft und der stillen Gesellschaft erfolgt. Und zwar ist nur jene in der Reihe der Handelsgesellschaften noch aufgeführt, während diese, auch äusserlich abgesondert, als eine Gesellschaftsform dasteht, über welche zwar das Handelsrecht ebenfalls Regeln aufstellt, welche aber dennoch mit altem Ausdruck keine societas mercatoria, sondern eine societas privata oder blosse participatio darstellt. Wenn dabei laut Art. 250, 255 des Gesetzbuchs diese stille Theilhaberschaft auf die Betheiligung mit einer Vermögenseinlage beschränkt sein soll, so dass der stille Gesellschafter an dem Verluste nur bis zum Betrage seiner Einlage Antheil nimmt, so mag das Bedenken bestehen bleiben, ob diese Beschränkung der Betheiligung prinzipiell aus dem Wesen der stillen Gesellschaft folgen müsse, und ob nicht vielmehr stille Gesellschaft auch mit unbeschränkter Haftung vereinbar gedacht werden dürfe.

Kennzeichen der Handelsgesellschaft ist das gemeinschaftliche Handelsgewerbe, dessen Inhaber die Gesellschafter zusammen sind, dessen Firma eine Gesellschaftsfirma ist und dessen Betriebsmittel als gemeinschaftliches Vermögen sich darstellen, Gesellschaftsvermögen im Sinne des Gesetzbuches. Dass bei einem gemeinschaftlichen Handelsgewerbe die Betheiligung eines oder mehrerer Gesellschafter auf Vermögenseinlagen beschränkt sein darf, ohne dass diese Betheiligung zu jener blossen participatio herabsinkt, das ergiebt den Begriff der Kommanditgesellschaft, für welche aber wesentlich bleibt, dass nicht bei allen Gesellschaftern die Betheiligung in solcher Weise beschränkt wird. Danach

ist im Art. 150 des Gesetzbuches die Definition gebildet: Die Kommanditgesellschaft erfordert neben dem **Kommanditisten**, der sich mit einer Vermögenseinlage betheiligt, wenigstens **einen** unbeschränkt betheiligten Gesellschafter, welcher dann als persönlich haftend bezeichnet wird und in der Doktrin meistens den Namen eines **Komplementars** führt und geführt hat. Von der offenen Gesellschaft unterscheidet sich also die Kommandite nur dadurch, dass bei einzelnen Gesellschaftern die persönliche Haftung, d. h. unbeschränkte Betheiligung vereinbarungsgemäss ausgeschlossen sein soll. Man hat mitunter Streit darüber geführt, ob man die Kommandite nicht auch noch als eine offene Gesellschaft bezeichnen dürfe, weil sie doch nur eine Modifikation, nicht einen Gegensatz derselben bedeute. Gewiss ist freilich, dass die Kommandite nicht etwa eine stille Betheiligung (societas privata) darstellt, und wer also offen und still als solche Gegensätze betrachtet, zwischen denen es Mittelglieder nicht gebe, der wird die Kommandite eben zu den offenen Gesellschaften rechnen wollen. Andererseits beschränkt aber Art. 85 des Gesetzbuches den Begriff der offenen Gesellschaft auf die allseitig unbeschränkte Betheiligung, und im Wesen dieses Begriffs liegt also mehr, als das Wort „offen“ zunächst besagt. Es kann also nicht für richtig gehalten werden, die Kommandite den offenen Gesellschaften zuzuzählen, vor Allem nicht in dem Sinne, Folgen für die rechtliche Behandlung im Einzelnen daraus abzuleiten, was freilich gerade in Ansehung der Hauptfrage nach dem Klagrecht der Gläubiger gegen den Kommanditisten mitunter geschehen ist.

Andererseits sind aber doch in so vielen Stücken die Regeln der offenen Gesellschaft ohne Weiteres auf die Kommandite übertragen, dass von jener auch hier der Ausgang genommen werden muss und es sich für die Darstellung der Kommandite wesentlich nur um die Abweichungen handelt, welche die rechtliche Stellung des Kommanditisten nach innen wie aussen bezeichnen. Auch das Gesetzbuch selbst begnügt sich in erster Linie mit der Verweisung auf die Bestimmungen über die offene Gesellschaft. Im übrigen weist Abschnitt 1 des 2. Titels von Buch 2. (Von der Kommanditgesellschaft im Allgemeinen) dieselbe Anordnung des Stoffs auf, wie der 1. Titel in seinen 6 Abschnitten: Errichtung der Kommanditgesellschaft (Art. 150—156), Rechtsverhältniss der Gesellschafter untereinander (Art. 157—162), Verhältniss zu dritten Personen (Art. 163—169), Auflösung der Gesellschaft (Art. 170, 171), Liquidation der Gesellschaft und endlich Verjährung der Klagen gegen die Gesellschafter (Art. 172). Zur Vermeidung reiner Wiederholungen oder blosser Verweisungen wird unsere Darstellung sich von diesem Schema entfernen und im Folgenden nur das den Kommanditgesellschaften Eigenthümliche entwickeln. In allen nicht speziell berührten Beziehungen kommen dann die Regeln der offenen Gesellschaft auch hier zur Anwendung. Sind überdies mehrere persönlich haftende Gesellschafter vorhanden, so ist ja rücksichtlich ihrer die Gesellschaft geradezu eine offene, wie Art. 150, Abs. 2 direkt ausspricht.

§ 97.

B. Der Gesellschaftsvertrag.

Auch in der Kommanditgesellschaft haben sich, ebenso wie in der offenen Gesellschaft, mehrere Personen zu einem unter einer gemeinschaftlichen Firma betriebenen Handelsgewerbe vereinigt. Vereinbarungsgemäss ist jedoch die Betheiligung eines oder mehrerer Gesellschafter auf eine Vermögenseinlage beschränkt, während bei dem oder den übrigen Gesellschaftern die Betheiligung nicht in dieser Weise beschränkt ist. Dass gleichwohl, trotz dieser Ungleichheit in der Betheiligung, ein Gesellschaftsunternehmen mit gemeinschaftlicher Firma beabsichtigt wird und in's Leben tritt, unterscheidet eben die Kommandite von der stillen Gesellschaft des heutigen Rechts; alle Verschiedenheiten der rechtlichen Behandlung beider sind Konsequenzen dieses einen Punktes. Der Kapitalist also, welcher sich an einem Unternehmen mit einer Kapitaleinlage zu betheiligen beabsichtigt, hat beide Möglichkeiten vor sich, und die Vertragsverhandlungen zwischen ihm und den sonstigen Personen werden sich vor Allem um diesen Punkt drehen müssen, ob er Kommanditist oder nur stiller Gesellschafter werden soll. Der abzuschliessende Gesellschaftsvertrag muss diese Frage beantworten. Auch die Interpretation eines fertigen Vertrages muss auf diesen Gegensatz ihr hauptsächlichstes Augenmerk richten, wenn sie den Vertragsinhalt zu ermitteln bestrebt ist. Wenn nun die rechtliche Stellung des Kapitalisten bei der Kommanditgesellschaft eine erheblich andere als bei der stillen Gesellschaft ist, so muss die Vergleichung beider und der sich daraus ergebenden Verschiedenheiten [1]) namentlich für die Entschliessungen des Kapitalisten den Ausschlag geben, welchen Inhalt dem abzuschliessenden Vertrage zu ertheilen er sich angelegen sein lassen muss. Das vollkommene Bewusstsein der rechtlichen Folgen sollte den vertragsschliessenden Theilen in keinem Falle fehlen. Denn eine Kommanditgesellschaft wollen und vereinbaren heisst doch, dem Vertrage einen solchen Inhalt geben, dass seine Festsetzungen den entscheidenden Punkt auch wirklich treffen: ein Gesellschaftsunternehmen unter gemeinschaftlicher Firma. Denn der Wille der Gesellschafter, d. h. der Inhalt ihres Gesellschaftsvertrages ist doch das alleinige Unterscheidungsmerkmal zwischen den beiden Gesellschaften, und ob sie die eine oder die andere zwischen sich begründet haben, kann nur die Interpretation des Vertrages bestimmen. [2])

---

[1]) Eine solche Vergleichung ist hinsichtlich der Frage: werden die Kapitalisten die stille Gesellschaft oder die Kommanditgesellschaft wählen? angestellt bei Thöl, Handelsrecht 6. Aufl., § 115. Eine genaue Vergleichung der beiden Gesellschaften hinsichtlich sämmtlicher sie betreffenden Rechtssätze ist in der 4. Aufl. jenes Werks enthalten, § 43 a. S. 258—271. Sodann Maassen über Kommandit- und stille Gesellschaft in Busch, Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen deutschen Handelsrechts Bd. I, S. 325 bis 339; v. Hahn, Kommentar 3. Aufl., S. 546—548; Anschütz-Völderndorff, Kommentar Bd. II, S. 330—340.

[2]) Thöl, Handelsrecht 6. Aufl., § 102, Nr. 4.

Zur Vereinfachung der Erörterungen mag nun im Folgenden ein Vertrag zwischen nur zwei Personen zu Grunde gelegt werden, welche unter sich eine Kommanditgesellschaft begründen, die eine als Kommanditist, die andere in unbeschränkter Betheiligung (Komplementar). Auf beiden Seiten kann eine Mehrheit der Personen eintreten; mehrere Komplementare stellen dann unter sich im engeren Kreise eine offene Gesellschaft dar; mehrere Kommanditisten können sich zur besonderen Form der Kommanditgesellschaft auf Aktien organisiren. Im Uebrigen kann der Kommanditist sowohl zu einem bereits bestehenden Handelsgewerbe hinzutreten, welches dann entsprechend umgeändert wird, als mit dem Komplementar ein neues Geschäft etabliren; die rechtliche Behandlung bleibt für alle Fälle die gleiche.

Der nothwendige und essentielle Inhalt des Gesellschaftsvertrages ergiebt sich, ganz abgesehen vom Gegenstand des Unternehmens und der Zeitdauer desselben, daraus, dass Komplementar und Kommanditist in diesen ihren Eigenschaften bestimmt werden müssen. Dass also jener unbeschränkt, dieser aber beschränkt betheiligt wird, und worin die Vermögenseinlage des letzteren bestehen soll, muss der Vertrag enthalten und des Näheren ausführen. Der beiderseitige Konsens über diesen Inhalt stellt den Gesellschaftsvertrag her, zu dessen Gültigkeit und Wirksamkeit es nichts weiter bedarf; schriftliche Abfassung ist durch das Gesetzbuch selbst (Art. 150, Abs. 3) als entbehrlich bezeichnet.

Ueber die Anmeldung des abgeschlossenen Vertrages zum Handelsregister gelten im Wesentlichen die gleichen Vorschriften wie für die offene Gesellschaft. Die Errichtung einer Kommanditgesellschaft ist von sämmtlichen Gesellschaftern behufs der Eintragung in das Handelsregister anzumelden, bestimmt Art. 151. Die Anmeldung, deren Inhalt im Einzelnen vorgeschrieben ist, muss von allen Gesellschaftern persönlich vor der Registerbehörde unterzeichnet oder in beglaubigter Form eingereicht werden; sie ist ihrem ganzen Inhalt nach in das Handelsregister einzutragen. Die der Kommanditgesellschaft eigenthümliche Abweichung besteht aber darin, dass bei der Bekanntmachung in den öffentlichen Blättern die Angabe von Namen, Stand und Wohnort des Kommanditisten, sowie die Angabe des Betrages seiner Vermögenseinlage unterbleibt. Weiter ist noch abweichend hervorzuheben, dass vor der Registerbehörde eine Firmazeichnung nur seitens der unbeschränkt betheiligten Gesellschafter erfolgt (Art. 153), und dass auch nur diese zur Befolgung der Anmeldepflichten durch Ordnungsstrafen angehalten werden können (Art. 154). Beides ergiebt sich aus dem Wesen der Einlagebetheiligung, welche von der Geschäftsführung in allen Stücken ausschliesst. Dass endlich die Anmeldepflicht sich auch auf Zweigniederlassungen erstreckt (Art. 152), dass jede Aenderung der Firma, Wechsel des Sitzes der Gesellschaft, der Eintritt neuer Kommanditisten (Art. 155, 156) anzumelden ist, steht wieder in Uebereinstimmung mit den Bestimmungen über die offene Gesellschaft.

Dass zum Inhalt des Vertrages auch die Bestimmung der **Firma** des Unternehmens gehört, ist bisher als selbstverständlich nicht besonders hervorgehoben. Zweierlei Vorschriften gehen aber noch die Wahl der Firma an. Vor Allem

diese,[3]) dass der Name des Kommanditisten nicht in der Firma enthalten sein dürfe. Wenigstens verändert sich die rechtliche Stellung des Kommanditisten sehr erheblich, wenn sein Name in die Firma aufgenommen wird: er haftet dann den Gläubigern der Gesellschaft gleich einem offenen Gesellschafter (Art. 168). Zu viel ist es freilich gesagt, der in der Firma mitgenannte Kommanditist sei ein offener Gesellschafter, es liege in solchem Falle gar keine Kommanditgesellschaft vor. Denn das Rechtsverhältniss der Gesellschafter unter einander, worauf es doch nicht minder ankommt, wird nicht durch die Art der Firma, sondern nur durch den Inhalt des Gesellschaftsvertrages bestimmt und wenn dieser die Betheiligung eines Gesellschafters auf eine Vermögenseinlage beschränkt, so liegt eben eine Kommanditgesellschaft vor. Die Gesellschaftsgläubiger sollen aber das absolute Recht haben, jeden von der Firma genannten Gesellschafter als einen offenen in Anspruch zu nehmen, so dass Art. 112 zur Anwendung kommt: die Gesellschafter haften für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft solidarisch und mit ihrem ganzen Vermögen. Diese Bestimmung ist es, auf welche jener Art. 168 hinweist. Auch durch Berücksichtigung von Art. 22 und 24 erwächst davon keine Ausnahme;[4]) wenn es auch im Allgemeinen gestattet ist, beim Erwerb eines bestehenden Geschäfts dessen Firma unverändert beizubehalten, so kommt doch auch in diesem Falle Art. 168 zur Anwendung, und der Kommanditist kann sich den Konsequenzen desselben nur durch Aenderung der Firma entziehen.

Für die Tragweite des Art. 168 kommt weiter in Betracht, ob der Name des Kommanditisten nur vertragsmässig nicht in der Firma enthalten sein dürfe. Es wird zum Theil gelehrt, der Klage der Gläubiger aus Art. 168 könne der Kommanditist wirksam die Einrede entgegenstellen, dass sein Name ohne seine ausdrückliche oder stillschweigende Einwilligung in der Firma vorkomme, dass also die Gesellschaftsfirma, aus welcher die persönliche Haft der Kommanditisten folgen solle, eine vertragswidrige sei.[5]) Entgegen steht die andere Meinung, dass die Anwendung des Art. 168 von solcher Rücksichtnahme auf die Einwilligung des Kommanditisten unabhängig sei.[6]) Erwägt man, dass auch in anderen Fällen z. B. nach Art. 163, Abs. 3 eine persönliche Haftung des Kommanditisten unabhängig von seiner Einwilligung eintritt, und dass überhaupt die Bestimmung des Art. 168 nicht darauf ruht, dass die Aufnahme des Namens des Kommanditisten in die Firma einer vertragsmässigen Uebernahme der persönlichen Haftung gleichzustellen sei, so wird man sich für die zweite strengere Meinung entscheiden müssen. Die Gläubiger werden die Beziehungen zwischen

---

[3]) Art. 17, Abs. 2 u. 3; Art. 168.

[4]) v. Hahn, Kommentar, 3. Aufl., S. 583; Anschütz-Völderndorff, Kommentar, Bd. II, S. 384.

[5]) Uebereinstimmend Anschütz-Völderndorff, Kommentar, Bd. II, S. 385 und v. Hahn, Kommentar, 3. Aufl., S. 584. Der Letztere bezeichnet die entgegengesetzte Auffassung als „eine dem Gesetzgeber nicht zuzutrauende, durch Nichts gerechtfertigte Tyrannei.“

[6]) Thöl, Handelsrecht 6. Aufl., § 105 I. a. E. verbis: sei es auch nicht mit seinem Willen.

dem Kommanditisten und seinen Genossen ignoriren dürfen und sich lediglich an die Thatsache halten können, dass der Name des Kommanditisten in der Firma enthalten ist. Will man auf die Wortfassung des Art. 168 Gewicht legen, so wäre zu beachten, dass es nicht heisst, der Name des Kommanditisten dürfe in die Firma nicht aufgenommen werden, sondern nur, er dürfe darin nicht enthalten sein. Dies reine „darin enthalten sein" soll den Ausschlag geben. Ganz in diesem Sinne dürfte ein Erkenntniss des R.O.H.G.[7] zu verstehen sein; irrthümlich war ein Kommanditist, der als solcher angemeldet war, durch Versehen der Registerbehörde als offener Gesellschafter eingetragen worden; es ist erkannt, dass der Kommanditist kraft der Wirkung des Eintrages persönlich haftend geworden sei. Der vertragswidrige Eintrag in das Handelsregister wird, da ihm doch eine selbständig rechtsbegründende Kraft für die Kommanditgesellschaft nicht zukommt, mit jener vertragswidrig hergestellten Firma auf eine Stufe zu stellen sein.

Die zweite Vorschrift[8] über die Wahl der Firma geht dahin, dass eine **gemeinschaftliche** Firma gebildet werden muss. Die Firma einer Kommanditgesellschaft, bestimmt Art. 17, muss den Namen wenigstens eines persönlich haftenden Gesellschafters mit einem das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutenden Zusatz enthalten. Gemeinschaftliche Firma bedeutet also eine das Vorhandensein einer Gesellschaft ausdrückende Firma. Die Erfüllung dieser Vorschrift bedingt m. E. die Existenz einer Kommanditgesellschaft; eine solche ist vorhanden, sagt Art. 150, wenn bei einem, „unter einer gemeinschaftlichen Firma betriebenen" Handelsgewerbe u. s. w. Entsprechend sagt Art. 17, Abs. 2, die Firma einer Kommanditgesellschaft **muss** enthalten u. s. w. Mag man auch einwenden,[9] der Inhalt des Gesellschaftsvertrages dürfe ausschliesslich massgebend sein und die Firma sei kein Kennzeichen für einen bestimmten Inhalt, so kommt doch in Betracht, dass der Inhalt des Vertrages selbst auf ein **Gesellschafts**unternehmen gerichtet sein muss, ein solches aber formell nur besteht, wenn die gewählte Firma dieser Absicht auch entspricht. Es bleibt statt der beabsichtigten societas mercatoria nur eine societas privata übrig, mit anderen Worten, es entsteht dann nur eine stille Gesellschaft nach Art. 250, particeps non socius. Das gemeinschaftliche Handelsgewerbe ist ja gerade das eigentliche Unterscheidungsmerkmal der Kommanditgesellschaft gegenüber der stillen Gesellschaft; ein solches ist aber in der That nur vorhanden, wenn es eben nach aussen als ein Gesellschaftsunternehmen durch die Firma auftritt.

§ 98.
C. Nur mit Vermögenseinlage betheiligt.

Der Kommanditist ist an dem unter gemeinschaftlicher Firma betriebenen Handelsgewerbe nur mit einer Vermögenseinlage betheiligt, während bei einem

---

[7]) Entscheidungen Bd. 23, Nr. 92, S. 280.

[8]) Art. 150 „unter einer gemeinschaftlichen Firma." Dazu Art. 17, Abs. 2.

[9]) So Thöl, Handelsrecht 6. Aufl., § 109, Nr. 4; Endemann, Handelsrecht 3. Aufl., § 52, Anm. 2, 3.

28*

oder mehreren anderen Gesellschaftern die Betheiligung nicht in dieser Weise beschränkt ist. Es ist jetzt genauer auszuführen, was es bedeutet, nur mit einer Vermögenseinlage am Geschäfte betheiligt zu sein.

Der nächste Gegensatz der Vermögenseinlage ist die Arbeitsleistung. Durch Aufwendung von Kapital und Arbeit erfolgt der Betrieb eines jeden Handelsgewerbes (cf. oben § 84). Ist nun die Betheiligung des Kommanditisten auf eine Vermögenseinlage beschränkt, so heisst das, dass er an der Geschäftsführung keinen Antheil hat. Dem entspricht denn auch der Art. 158, welcher die Geschäftsführung ausschliesslich den persönlich haftenden Gesellschaftern zuweist und ausspricht, der Kommanditist sei dazu weder berechtigt noch verpflichtet. Lediglich Folgesatz ist es, was Absatz 3 hinzufügt, der Kommanditist könne gegen Geschäftsführungshandlungen der Komplementare keinen Widerspruch erheben. Ebenso enthält auch Art. 167 nur Folgesätze. Es heisst hier, die Kommanditgesellschaft werde durch die persönlich haftenden Gesellschafter berechtigt und verpflichtet, auch durch dieselben vor Gericht vertreten. Wichtig ist die Ergänzung durch das argumentum a contrario, welches eben im Art. 158 seine Basis hat, dass die Gesellschaft durch den Kommanditisten weder berechtigt noch verpflichtet, noch vor Gericht vertreten werden kann. Bei einer Klage gegen die Firma ist daher der Komplementar die alleinige Prozesspartei,[1]) was auch prozessualisch nicht ohne Folgen ist.

Der Kommanditist ist also von Rechtswegen in gleicher Lage, wie sie bei der offenen Gesellschaft vertragsmässig für einen oder mehrere der Gesellschafter hergestellt werden kann (Art. 99), ausgeschlossen zu sein von der Geschäftsführung und auch keinen Widerspruch zu haben gegen das, was die geschäftsführenden Mitglieder der Gesellschaft unternehmen. Die Grenze wird auch hier durch die Vorschrift des Art. 103 erbracht; die Vornahme von Geschäften, welche über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft hinausgehen oder welche dem Zweck derselben fremd sind, bedarf der Zustimmung auch seitens der Kommanditisten. Die Anwendbarkeit des Art. 103 auch für die Kommanditgesellschaft darf nicht bezweifelt werden.

Das ergiebt sich zunächst schon aus Art. 157, sodann auch aus Art. 158 selbst, welcher bei der allgemeinen Versagung des Widerspruchsrechtes nur auf die Art. 99 bis 102 Bezug nimmt und eben dadurch zeigt, dass der doch auch vom Widerspruchsrecht handelnde Art. 103 hier durch keine abweichende Bestimmung verdrängt sein soll.[2])

Uebrigens wird allgemein angenommen, dass der Kommanditist vertragsmässig doch zur Geschäftsführung so berechtigt als verpflichtet werden könne. Man streitet jedoch dann darüber, ob ihm als Gesellschafter die Geschäftsführung übertragen werden dürfe (geschäftsführender Gesellschafter),[3]) oder ob

---

[1]) R.O.H.G. Entscheidungen Bd. 15, Nr. 2, S. 6.

[2]) Zustimmend v. Hahn, Kommentar; 3. Aufl., S. 558; Anschütz-Völderndorff, Kommentar Bd. II, S. 355 sub II.

[3]) Thöl, Handelsrecht 6. Aufl., § 103, welcher den Kommanditisten in solcher Stellung einem geschäftsführenden offenen Gesellschafter gleich stellt und ihn in einer

nur die Möglichkeit gegeben sei, ihm Prokura oder Handlungsvollmacht zu ertheilen. Die Unterscheidung ist in einer Reihe von Beziehungen nicht ohne Folgen; hauptsächlich in Ansehung der Rechtsfolgen der von ihm abgeschlossenen Geschäfte wird man zu voller persönlicher Haftung des Kommanditisten kommen müssen, wenn man ihn in seiner Stellung als Gesellschafter Geschäfte führen lässt; mit anderen Worten, er würde insoweit aufhören, Kommanditist zu sein und es würde nicht anders sein, als wenn sein Name in der Firma enthalten wäre. Zu diesem Resultat führt unmittelbar die Auslegung des Art. 167, Abs. 3. Denn der Kommanditist soll überhaupt gleich einem persönlich haftenden Gesellschafter verpflichtet werden, wenn er für die Gesellschaft Geschäft schliesst und nicht ausdrücklich erklärt, dass er nur als Prokurist oder Bevollmächtigter handele. Das gilt schon, wenn er zwar Prokura oder Vollmacht erhalten hat, diese aber nicht ausdrücklich beim Geschäftsabschluss zu erkennen giebt. Das gilt also um so mehr, wenn er als geschäftsführender Gesellschafter auftreten muss und also gar nicht in der Lage ist, sich auf Prokura oder Vollmacht berufen zu können. Nicht blos den Gläubigern gegenüber würde aber die Stellung des Kommanditisten sich zu der eines persönlich haftenden verändern, sondern auch im Rechtsverhältniss der Gesellschafter untereinander müsste, wie **Thöl**[4]) mit Recht hervorhebt, eine wesentliche Aenderung eintreten. Zunächst in Ansehung der Diligenz würde Art. 94 zur Anwendung zu bringen sein, während, wenn der Kommanditist nur zum Prokuristen ernannt wird, von ihm diligentia omnis geleistet werden müsste. Das wird auch von **v. Hahn**[5]) gebilligt. **Thöl** geht aber noch weiter und will vor Allem auch die Art. 96, 97, d. h. das Konkurrenzverbot herübernehmen und also für den Kommanditisten als geschäftsführenden Gesellschafter den Art. 159 (die Konkurrenzerlaubniss) ausser Kraft setzen. Auch darin muss man ihm Recht geben. Denn lässt man es überhaupt zu, dass der Gesellschaftsvertrag dem Kommanditisten das Recht der Geschäftsführung ertheilt, so sind jene Konsequenzen unvermeidlich. Uebrig bleibt dann nur die andere, bisher noch nicht besprochene Seite der Kommanditbetheiligung, dass der Kommanditist am Verluste nur bis zum Betrage seiner Einlage Antheil nimmt (Art. 161). Diese Verabredung ist aber auch unter offenen Gesellschaftern möglich, wenn gleich gegen Dritte ohne rechtliche Wirkung, was die Haftung für die Verbindlichkeiten angeht (Art. 112). Das Resultat ist also, dass eine Kommanditgesellschaft, in welcher auch der Kommanditist das Recht der Geschäftsführung hat, sich nicht von einer offenen Gesellschaft unterscheidet, weder nach aussen noch nach innen, sofern bei dieser der Antheil eines Gesellschafters am Verluste auf den Betrag seiner Einlage beschränkt ist. Dann ist es aber gleichgültig, mit welchem Namen man eine solche Gesellschaft bezeichnen will, ob eine modifizirte offene Gesellschaft oder eine modifizirte Kommanditgesellschaft. An der Zulässigkeit solcher Modi-

---

Reihe von Beziehungen gleich diesem berechtigt und verpflichtet sein lässt, z. B. in Ansehung der Diligenz, des Aufsichtsrechtes und des Konkurrenzverbotes.

[4]) Thöl a. a. O. Anm. 16.

[5]) Kommentar 3. Aufl., S. 558.

fikationen ist jedoch nicht zu zweifeln; der Gesellschaftsvertrag kann in der That dem Kommanditisten in solcher Weise das Recht (und die Pflicht) der Geschäftsführung gewähren. Die beiden möglichen Fälle sind also durchaus zu trennen. Bekommt der Kommanditist Prokura oder Handlungsvollmacht von den geschäftsführenden Gesellschaftern, so kann er zwar auch von persönlicher Haftung getroffen werden, nach Art. 167, Abs. 3, kann dieselbe aber durch eigene Vorsicht vermeiden und steht vor Allem, was sein sonstiges Rechtsverhältniss in der Gesellschaft angeht, unter den Regeln des Kommanditisten. Freilich das Konkurrenzverbot wird auch hier wieder auftauchen, da doch Art. 56 zur Anwendung kommen muss, wenn Prokura oder Vollmacht zum Betrieb des ganzen Handelsgewerbes ertheilt wird. Genauer gesprochen, muss in der Stellung des Kommanditisten geschieden werden zwischen seinen Gesellschaftsrechten und -pflichten und seinen Obliegenheiten aus der Vollmachtsertheilung.

Die Betheiligung der Kommanditisten an dem Handelsgewerbe ist beschränkt auf eine Vermögenseinlage, das heisst aber weiter, dass er an dem Verlust nur bis zum Betrage seiner eingezahlten oder rückständigen Einlage Antheil nimmt. An sich erfolgt die Verzinsung seiner Einlage, die jährliche Berechnung des Gewinnes oder Verlustes, die Erhebung von Zinsen und Gewinn ganz nach den Bestimmungen, wie sie in Art. 106—108 für die offene Gesellschaft aufgestellt worden sind (Art. 161); auch die Höhe der Betheiligung an Gewinn und Verlust unterliegt ganz der Vereinbarung und wird eventuell nach richterlichem Ermessen, nöthigenfalls unter Zuziehung von Sachverständigen festgestellt (Art. 162). Sobald aber der Vermögensantheil des Kommanditisten durch Verlustabschreibungen erschöpft ist, hört seine Betheiligung an der Gesellschaft bis auf Weiteres d. h. bis dahin auf, dass späterer Gewinn ihm wieder zugeschrieben werden kann und also sein Vermögensantheil sich ganz oder theilweise wieder herstellt. Sich an einem Handelsgewerbe nur mit einer Vermögenseinlage betheiligen (Art. 150), hat eben diese Bedeutung und so ist dieser Folgesatz auch im Art. 161, Abs. 2 zum Ausdruck gebracht: der Kommanditist nimmt an dem Verluste nur bis zum Betrage seiner eingezahlten oder rückständigen Einlage Antheil. Eine actio pro socio entsteht somit gegen den Kommanditisten in dieser Beziehung überhaupt nur auf Einzahlung resp. Vollzahlung der versprochenen Einlage, und hat der Kommanditist dieser Verbindlichkeit genügt, so entstehen neue Ansprüche gegen ihn überhaupt nicht mehr. Hervorzuheben ist nur, dass wenn der ursprüngliche Betrag seines Vermögensantheils durch Verluste vermindert oder aufgezehrt ist, dann aller späterer Gewinn der Gesellschaft zunächst zur Wiederergänzung verwendet werden muss; der Kommanditist hat bis zu dieser Wiederergänzung auf Gewinn überhaupt keinen anderen Anspruch, als dass er ihm zugeschrieben werde, und erst nachher kann er wieder Gewinn erheben. Dagegen besteht diese Pflicht, den Gewinn stehen lassen zu müssen, nur unter der Voraussetzung, dass die Einlage durch Abschreibung vermindert oder aufgezehrt ist, und keineswegs folgt daraus, dass zur Deckung von Verlusten ältere Gewinnbezüge oder gar empfangene Zinsen zurückerstattet werden müssten, wie

Art. 161, Abs. 3 überdies ausdrücklich ausspricht. Eine Abweichung vom Rechte der offenen Gesellschaft ist aber durch diese Wiederergänzungspflicht nur formell gegeben; die Art. 106—108 statuiren zwar nur den Satz, dass kein Gesellschafter ohne Einwilligung der übrigen seinen Vermögensantheil vermindern dürfe, und enthalten von einer Ergänzungspflicht nichts; dazu war aber auch gar kein Bedürfniss vorhanden, weil ja der Antheil am Verlust durch den Betrag der Einlage dort überhaupt nicht begrenzt ist. Jener Schlusssatz des Art. 161 ist also nur durch die besondere Eigenthümlichkeit der beschränkten Einlagebetheiligung hervorgerufen, gilt darum auch für die stille Gesellschaft ganz in gleicher Weise (Art. 255, Abs. 2). Sind dem Kommanditisten freiwillig Gewinnantheile ausgezahlt worden, trotzdem die Einlage noch nicht wieder ergänzt war, so besteht ein Zurückforderungsrecht der übrigen Gesellschafter nicht; eine condictio indebiti muss daran scheitern, dass dem Kommanditisten der Gewinn in Wirklichkeit ja geschuldet war und diesem nur ein Recht auf die Erhebung des Gewinnes nicht zustand. Anders steht es aber mit den Rechten der Gläubiger am Gesellschaftsvermögen und im Art. 165 ist daher auf solche Zahlungen noch besonders Rücksicht genommen, wovon später zu sprechen ist.

Hier ist zunächst noch eine Verschiedenheit gegenüber der stillen Gesellschaft zu erörtern. Hat der Kommanditist Zinsen und Gewinnantheile nicht erhoben, sondern stehen lassen, so vermehren dieselben seinen Vermögensantheil, wie sich aus den auch hier anzuwendenden Art. 106—108 ergiebt. Die Folge ist, dass für spätere Verluste auch mit dieser so vermehrten Einlage gehaftet werden muss und dass der Kommanditist hinterdrein nicht den früher stehen gelassenen Gewinn noch nachträglich für sich zu begehren berechtigt ist. Das ergiebt sich aus Art. 108, wenn hier ein Erhebungsrecht überhaupt nur wegen der Zinsen des **letztverflossenen** Jahres und wegen des Antheils am Gewinn des **letztverflossenen** Jahres gewährt ist. In dieser Beziehung gilt bei der stillen Gesellschaft nicht das Gleiche; denn es heisst im Art. 255: der Gewinn, welcher von dem stillen Gesellschafter nicht erhoben wird, vermehrt dessen Einlage nicht (sofern nicht ein Anderes vereinbart ist).

Das Recht zur Erhebung des ermittelten und zugeschriebenen Gewinnes ist überdies auch hier durch die gleiche Rücksicht auf den Nutzen der Gesellschaft eingeschränkt, wie sie für die offene Gesellschaft im Art. 108 zu nehmen vorgeschrieben ist. Nur „soweit es nicht zum offenbaren Nachtheil der Gesellschaft gereicht", soll der Gewinn des letztverflossenen Jahres abgehoben werden dürfen. Solche Rücksicht auf das, was der Gesellschaft frommt, resp. ihr Nachtheil bringt, ist auch schon dem römischen Rechte nicht fremd, welches ebenfalls mitunter die Rechte der singuli dem Interesse der Sozietät unterordnet. Die Meinung ist dabei doch nur, dass der einzelne dem Gesammtinteresse (quod **omnibus** utilissimum erit) auch in der Geltendmachung seiner Einzelrechte sich fügen müsse. [6])

---

[6]) Z. B. Fr. 65, § 5 pro socio 17, 2, si societatis non interest; semper enim non id quod privatim interest unius ex sociis servari solet, sed quod societati expedit.

Unter Hinweisung auf Art. 157 wird nun in Ansehung des Antheils am Verluste auch noch die Vereinbarung für zulässig zu halten sein,[7]) dass der Kommanditist nicht blos mit seiner Einlage, sondern noch mit weiteren Summen oder gar unbegrenzt zur Deckung von Verlusten herangezogen werden dürfe. Denn das Rechtsverhältniss der Gesellschafter richtet sich zunächst nach dem Gesellschaftsvertrage, und nur soweit darin keine Bestimmungen getroffen sind, kommen die Vorschriften des Gesetzbuches und darunter auch die des Art. 161, Abs. 2 zur Geltung. Man mag zwar einwenden, dass mit solcher Erweiterung der Betheiligung gerade das Wesen der Kommanditgesellschaft getroffen werde. Indessen bleibt immerhin den Gläubigern gegenüber die beschränkte Betheiligung (Art. 165) von Bestand, und es ist ein Anderes, diesen als ein offener Gesellschafter (persönlich haftend) verhaftet zu sein, als nur den Gesellschaftern im inneren Verhältniss zu mehr als der Einlage sich verpflichtet zu haben. Sonach unterscheidet sich eine Kommanditgesellschaft, ungeachtet der Kommanditist voll für den Verlust mit einsteht, immer noch von einer offenen Gesellschaft. Man kann auch so noch sagen, die Betheiligung des Gesellschafters sei auf eine Vermögenseinlage beschränkt.

Zuletzt die vielbesprochene Frage, ob der Kommanditist als Kaufmann im Sinne des Gesetzbuches zu betrachten sei, soll hier nur angedeutet, nicht erörtert werden, weil die dafür zu erwägenden Momente nicht speziell der Kommanditgesellschaft angehören. Auch ist darüber in diesem Handbuch an anderer Stelle[8]) schon genügend gesprochen worden, um selbst eine etwa abweichende Ansicht meinerseits unterdrücken zu können. Die auf diese Frage bezügliche Literatur ist ebenfalls a. a. O. zusammengestellt. Gerade in Ansehung des Kommanditisten gehen die Meinungen vielfach auseinander und ebenso oft ist ihm die Kaufmannseigenschaft zugesprochen als verneint worden. Der Angelpunkt der Kontroverse ist natürlich, wie weit die Worte des Art. 4 (Kaufmann ist, wer gewerbemässig Handelsgeschäfte betreibt) auf den Kommanditisten angewendet werden können.

§ 99.

D. Die Vermögenseinlage.

Der Kommanditist betheiligt sich an dem unter der gemeinschaftlichen Firma betriebenen Handelsgewerbe nur mit einer **Vermögenseinlage**. Worin nun diese Einlage bestehen könne, beantwortet sich im Allgemeinen durch den Begriff des Vermögensobjektes, welches der Kommanditist für die Gesellschaftszwecke hergiebt. Als Einlage eines Gesellschafters ist an sich ja sowohl Kapital als Arbeit möglich (vgl. oben § 84); hier sind wir also auf die Kapitaleinlage allein angewiesen, und ein Gesellschafter, der nicht Kapital(-Vermögen) einlegt,

---

[7]) Uebereinstimmend v. Hahn, Kommentar, 3. Aufl., S. 557; Anschütz-Völderndorff, Kommentar, Bd. II, S. 362.

[8]) Cf. oben § 26, S. 138 und zuletzt noch § 82, S. 348 (Lastig).

kann nicht Kommanditist sein. Es wird in der That gerechtfertigt sein, Kapital und Vermögen hier zu identifiziren und das Wort Vermögen durch den Begriff des Kapitals zu erläutern. Dadurch ergiebt sich allerdings eine gewisse Einschränkung; denn nicht alles, was Vermögenswerth hat (quod in pecunia lui praestarique potest), was sich also in sofern noch als Vermögen bezeichnen liesse, ist auch ein Kapital, ein Vermögensstück. Es handelt sich grade um den Gegensatz der Kapitalsleistung zur Arbeitsleistung und also um die schon aufgeworfene Frage, ob auch Dienstleistungen um ihres Vermögenswerthes willen noch als Vermögenseinlage betrachtet werden dürfen, ob also ein Kommanditist statt mit Kapital auch mit Arbeitsgewährung, die ihm als Kapital angerechnet werde, betheiligt sein könne. Man beruft sich auf den freilich unbestreitbaren Satz, dass der Gebrauch einer Sache, die Ausbeutung eines Fabrikgeheimnisses, aber auch Dienste einen Vermögenswerth haben, und schliesst daraus, dass also auch die Ueberlassung eines Gebrauchs resp. die Ausbeutung und Leistung von Diensten eine Vermögenseinlage darstellen müssten. Der Hauptvertheidiger [1]) dieser Ansicht hat dieselbe auch Einwendens ungeachtet festgehalten und lehrt also, dass der Kommanditist wie mit Diensten schlechthin so speziell mit Diensten im Geschäftsbetrieb der Gesellschaft seine Vermögenseinlage erbringen könne, z. B. dass er die technische Leitung des gesellschaftlichen Fabriketablissements oder eines Zweiges besorgt, oder dass er die Geschäftsabschlüsse mit Auswärtigen als „Reisender" der Firma übernimmt. Bemerkt wird dazu, das Verhältniss eines solchen Kommanditisten, welcher als Einlage Dienste leiste, könne dann mit dem eines commis interessé äusserlich sich als ähnlich erweisen, rechtlich sei es jedoch noch immer völlig davon verschieden.

Widerspruch hiergegen ist besonders von v. **Kräwel** [2]) erhoben worden. Zugestanden wird von ihm, dass Gebrauchsüberlassungen in der That als Vermögenseinlagen betrachtet werden dürften. Dagegen Dienste seien nicht Theile des Vermögens (Vermögensobjekte), sondern nur Mittel, um Vermögen zu erwerben, und also wer nur Dienste leiste, gebe nicht Vermögen her, nicht Theile seines Vermögens. In ähnlicher Weise ist oben § 85 von **Lastig** der Begriff der Kapitaleinlage formulirt worden. Kapital, sagt er unter Berufung auf **Knies**, bedeutet einen Inbegriff von wirthschaftlichen Gütern, die nicht zur Befriedigung des laufenden Konsumptionsbedarfes des Besitzers dienen, sondern als hierfür überschüssig zu anderweiter Verwendung disponibel sind, und sei daher Jemand durch Gesellschaftsvertrag zu einer Kapitaleinlage verpflichtet, so heisse das, er solle Güter seines Kapitalbestandes aussondern und der Gesellschaft überweisen. Dabei darf wohl die Meinung unterstellt werden, dass mit Kapital und Kapitaleinlage nichts anderes gemeint sei, als was Art. 150 mit dem Worte Vermögenseinlage bezeichnen wolle. Von seinem Vermögen etwas hergeben, das ist hiernach das Wesen der Vermögens- oder Kapitaleinlage. Die

---

[1]) v. Hahn, Kommentar, 3. Aufl., S. 549, 550.

[2]) Zur Lehre von der Kommanditgesellschaft, in Busch, Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen deutschen Handelsrechts Bd. V, S. 95—98.

Konsequenz davon ist, dass Dienstleistungen, auch wenn sie Vermögenswerth repräsentiren, nicht als eine Vermögenseinlage gelten können. Das Vermögen des Gebers wird dadurch nicht kleiner, das Gesellschaftsvermögen um nichts grösser; der Dienende arbeitet wohl für die Gesellschaft, nicht aber lässt er ein Kapital für dieselbe arbeiten. Es ist ein unrichtiger Schluss, den **v. Hahn** macht. Dass Dienstleistungen einen Vermögenswerth besitzen, ist freilich ein unbestreitbarer Satz; daraus folgt aber keineswegs, dass mit der Leistung von Diensten eine Vermögenseinlage gegeben sei. Die ganze Unterscheidung von Kapitaleinlage und Arbeitsbetheiligung würde überhaupt nicht zu machen sein, wenn die Meinung **v. Hahns** gebilligt werden müsste. Wenn sich aus den Kapitaleinlagen der Gesellschafter das Gesellschaftsvermögen ergiebt, so hätte eine jede Gesellschaft ein solches, auch wenn seitens aller Gesellschafter überhaupt nichts als Arbeit geleistet werden sollte. Die Befriedigung daraus und der Konkurs über ein solches Vermögen möchte doch auf Schwierigkeiten stossen. Wie sollte sich nach Art. 165 die Haftung mit der Einlage gestalten? wie auch der Antheil am Verluste nach Art. 161? Grade dies Haften mit der Einlage in beiderlei Beziehungen weist auf die **Kapitaleinlage** jenes Sinnes hin.

Etwas abweichend, doch anscheinend der diesseitigen Meinung zustimmend, drückt sich **Endemann**[3]) aus. Nach ihm ist nicht sowohl die Einlage von Vermögen entscheidend, sondern die Uebernahme einer Haft für die Sozietätsverbindlichkeiten; auch derjenige sei daher Kommanditist, der sich blos bis zu einem bestimmten Betrag mit Wirkung für Dritte haftbar erklärt habe.[4]) Hier ist die Haftung der Kommanditisten nicht als Folge seiner Einlage, sondern als Gegenstand selbständiger Uebernahme gedacht, und für das Wesen der Kommanditbetheiligung nicht sowohl auf den definirenden Art. 150 als auf Art. 165 Bedacht genommen. Wenn es dann heisst, eine solche limitirte Haft könne auch der Arbeit Beitragende übernehmen (unter Bezugnahme gerade auf **v. Hahn** a. a. O), so ist doch andererseits der Unterschied der **Endemann**'schen Meinung nicht unbeträchtlich. Es lässt sich sogar sagen, dass die Uebernahme einer Haftung für die Verbindlichkeiten, wie sie **Endemann** denkt, geradezu den Fall einer wirklichen Vermögenseinlage enthalte; denn der Kommanditist müsste zuletzt doch den zugesagten Betrag wirklich hergeben, und der ganze Unterschied käme darauf hinaus, dass der Kommanditist seine Einlage zunächst nur promittirt, nicht auch gleich inferirt. Die Vermögenseinlage, sagt **Endemann**, braucht in den Gesellschaftsfonds nicht reell eingeschossen zu werden, wenn das auch das regelmässige sei. Er haftet dann mit dem Betrage der **versprochenen** Einlage. Immerhin wäre aber eine solche versprochene Einlage ganz etwas Anderes, als was **v. Hahn** mit der Arbeitsleistung als Vermögenseinlage meint, und **Endemann** fügt noch hinzu: wer blos Arbeit der Gesellschaft zuwendet, ohne Uebernahme einer Haft, trägt zur Kreditbasis derselben Nichts bei. Insofern darf er also wohl als Gegner der **v. Hahn**'schen Meinung betrachtet werden.

---

[3]) Handelsrecht, 3. Aufl., § 49 sub II.

[4]) A. a. O. Anm. 5.

Dass freilich auf Geldeinlage kein Gewicht zu legen sei, versteht sich von selbst. Ganz naturgemäss werfen zwar die Mitglieder einer Handelsgesellschaft regelmässig Geld ein, häufig aber auch andere Güter und Vermögensobjekte, und jedenfalls besteht darüber eine gesetzliche beschränkende Vorschrift nicht. Der Gesellschaftsvertrag entscheidet darüber, was vom Kommanditist als Einlage zu gewähren sei. Es kommen nun auch hier ganz diejenigen Erörterungen zur Anwendung, welche schon bei der offenen Gesellschaft über die Formen der Kapitaleinlage angestellt sind, und vor Allem der Artikel 91 erstreckt seine Bedeutung auch hierher. Siehe oben § 85.

Was nun durch Art. 108 für die offene Gesellschaft ausgesprochen wird, dass kein Gesellschafter seine Einlage, genauer seinen Antheil am Gesellschaftsvermögen ohne Einwilligung der übrigen vermindern dürfe, gilt in gleicher Weise auch für die Einlage des Kommanditisten, hier jedoch noch durch die Rücksicht auf die Gesellschaftsgläubiger verstärkt. Wenn offene Gesellschafter ohnehin mit ihrem ganzen Vermögen für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften (Art. 112), so wird den Gläubigern durch eine Verminderung des Gesellschaftsvermögens, welche gleichzeitig das Privatvermögen eines Gesellschafters um ebenso viel vermehrt, d. h. durch gänzliche oder theilweise Rückgewährung der Einlage nichts Definitives entzogen, und die Befriedigungsobjekte resp. Massen haben zwar unter einander, nicht aber in ihrer Summe sich verändert. Nur das Recht auf abgesonderte Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen und also die Konkurrenz der Privatgläubiger erleidet durch Rückzahlung der Einlagen eine Modifikation, welche jedoch nicht als stark und wesentlich genug erachtet ist, um den Gläubigern ein Widerspruchsrecht dagegen zu ertheilen. Anders steht es aber mit der Einlage des Kommanditisten, welche, wenn sie ganz oder theilweise demselben zurückgewährt wird, in ebenso weit den Ansprüchen der Gläubiger als Befriedigungsobjekt entgehen würde, falls nicht durch positive Vorschrift eine solche Verminderung des Gesellschaftsvermögens als den Gläubigern gegenüber unwirksam anerkannt wäre. So ist denn im Art. 165 Abs. 2 verfügt worden: die Einlage des Kommanditisten kann während Bestehens der Gesellschaft weder ganz noch theilweise zurückbezahlt oder erlassen werden. Die ratio dieser Vorschrift ist ganz die gleiche, wie für die bekannte Bestimmung über die Aktiengesellschaften in Art. 215 und 248. Hier hat also das wohlbegründete Interesse der Gläubiger eine Schranke der Vertragswillkür zwischen den Gesellschaftern erbracht. Anders liegt das Verhältniss bei der stillen Gesellschaft, weil hier ja der Einleger gar nicht Theilhaber des Handelsgewerbes wird und eine Handelsgesellschaft gar nicht zur Entstehung gelangt. Gleichwohl hat das Interesse der Gläubiger auch bei der stillen Gesellschaft zwar nicht die gleiche, aber doch eine ähnliche, die Vertragswillkür beschränkende Vorschrift veranlasst, Art. 259.

Der einzige, auch den Gläubigern gegenüber liberirende Weg bleibt sonach die Auflösung der Gesellschaft resp. das Ausscheiden aus derselben in den dafür vorgeschriebenen Formen und Wegen. Das gleiche gilt auch für die Privatgläubiger der Kommanditisten, welche zu ihrer Befriedigung auf dessen Gesell-

schaftsantheil Ansprüche erheben wollen. Der Art. 126, dessen Ergänzung im Art. 132 erfolgt ist, ist, wie Art. 170 anordnet, auch für die Kommanditgesellschaft und die Gläubiger des Kommanditisten geschrieben, welche daher nach fruchtlos im Privatvermögen des Kommanditisten vollstreckter Exekution dann die Exekution in das demselben bei der Auflösung der Gesellschaft zukommende Guthaben zu erwirken befugt sind und zur Herbeiführung der Auflösung ihrerseits die Aufkündigung der Gesellschaft aussprechen dürfen.

§ 100.

E. Das Gesellschaftsvermögen.

Aus der Einlage des Kommanditisten sowie demjenigen, was der oder die übrigen Gesellschafter an Kapital beigesteuert haben, setzt sich das Gesellschaftsvermögen zusammen. Eine Verminderung ergiebt sich durch Verlustabschreibungen oder dadurch, dass die Einlage eines persönlich haftenden Mitglieds vertragsmässig reduzirt wird, was ja nach Art. 108 geschehen kann. Andererseits eine Vermehrung des Gesellschaftsvermögens und also des Vermögensantheiles eines jeden der Gesellschafter kann dadurch entstehen, dass zugeschriebener Gewinn nicht erhoben wird, sondern stehen bleibt.

Im einfachsten Falle nun, wo der Kommanditist mit nur **einem** persönlich haftenden Gesellschafter sich verbunden hat, hängt die Existenz eines Gesellschaftsvermögens mit den daraus sich ergebenden wichtigen Folgen gerade davon ab, dass der Kapitalist seine Vermögenseinlage gerade zum Zweck einer Kommanditgesellschaft hergegeben hat, während ihm doch die Möglichkeit der stillen Vergesellschaftung ebenfalls zur Wahl stand. Genauer gesprochen entscheidet freilich nicht einseitig der Wille des Kapitaleinlegers, sondern vertragsmässig zwischen den Gesellschaftern muss dieser Punkt festgestellt werden. Also ist ein abgeschlossener Gesellschaftsvertrag gerade auf diese Frage hin besonders zu prüfen, was dem Willen der Kontrahenten am meisten entspricht, ob eine Kommanditgesellschaft oder eine stille Gesellschaft. So ist schon oben im § 97 auf diese hauptsächlichste Interpretationsfrage hingewiesen. Da nun nach Art. 252 bei der stillen Gesellschaft die Einlage in das Eigenthum des Geschäftsinhabers übergeht, so wird danach von **Thöl**[1]) für die Kommanditgesellschaft als deren alleiniges Unterscheidungsmerkmal gefordert, der Vertrag müsse entweder positiv die Bestimmung enthalten, dass die Einlage Miteigenthum der Gesellschafter werden solle, oder doch negativ soviel erkennen lassen, dass sie nicht in das Alleineigenthum des anderen Gesellschafter fallen solle.

Wir unsererseits würden jedoch vorziehen, den Gegensatz so zu fassen, dass auf der einen Seite ein gemeinschaftlicher Gewerbebetrieb die Absicht des Vertrages sei, auf der anderen jedoch nur eine Beihülfe zu einem fremden Gewerbe gewünscht werde. Es mag erlaubt sein, die bekannten strafrechtlichen Begriffe von Mitthäterschaft und Beihülfe zur Vergleichung heranzuziehen. Der Kom-

---

[1]) Handelsrecht, 6. Aufl., § 102 sub 1 u. 4, sowie § 109 sub 1.

manditist und der stille Gesellschafter stehen beide unter dem gemeinschaftlichen allgemeinen Begriff der Kapitalbetheiligung; diese Betheiligung oder Theilnahme kann jedoch der weiteren Absicht nach sich noch unterscheiden, indem entweder ein gemeinschaftliches, unter gemeinschaftlicher Firma betriebenes Unternehmen verabredet und hergestellt wird, oder aber das Handelsgewerbe ein einseitiges bleibt und nur von einem Inhaber unter seiner alleinigen Firma betrieben wird. Der Gegensatz Gesellschaftsvermögen oder Alleineigenthum ist kein selbständig auftretender, sondern nur die Konsequenz jenes anderen Gegensatzes Gesellschaftsunternehmen oder Einzelbetrieb. Es ist nicht unwichtig, den Ausgangspunkt in solcher Weise abweichend von **Thöl** zu nehmen. Denn es bleibt einseitig, jenes Unterscheidungsmerkmal Gesellschaftsvermögen oder Alleineigenthum nur auf die Einlage des Kommanditisten oder stillen Gesellschafters zu beziehen. Ganz in gleicher Weise wird davon ja auch die Kapitaleinlage des gegenüberstehenden anderen Gesellschafters betroffen, der, wenn auch nicht nothwendig, so doch gewiss regelmässig ebenfalls eine Kapitaleinlage machen wird. Ueberhaupt dass mit den beiderseits zusammengebrachten Vermögensbeträgen ein Gesellschaftsunternehmen unter gemeinschaftlicher Firma etablirt und betrieben werden soll, das ist der entscheidende Inhalt eines Kommanditgesellschaftsvertrages gegenüber der stillen Gesellschaft, wo es sich damit entgegengesetzt verhält. Nicht also blos, dass die Einlage des Kommanditisten in's Miteigenthum der Gesellschafter übergeht, sondern dass überhaupt gemeinschaftliche Vermögensmittel durch Beiträge von der einen und der anderen Seite hergestellt werden, bleibt zu betonen. Macht freilich nur der Kommanditist eine Vermögenseinlage, so kann es sich dann nur um das Miteigenthum an dieser handeln; macht aber auch der Komplementar eine solche, so gilt dann von dieser das Gleiche.

Wenn nun zur Umschreibung des Begriffs Gesellschaftsvermögen bisher mit den Worten des Gesetzbuches von einem Miteigenthum der Gesellschafter gesprochen worden ist, so soll bezüglich der Kontroversen über diesen Punkt nur auf das verwiesen werden, was darüber schon oben in der Einleitung der Gesellschaftslehre und speziell bei der offenen Gesellschaft erörtert ist.[2]) Der Begriff des Gesellschaftsvermögens ist für die Kommanditgesellschaft in keinerlei Beziehung ein anderer als für die offene Gesellschaft. Oben ist vertheidigt (von **Lastig**), das sogenannte Eigenthum der Gesellschaft bedeute nur, dass die Objekte dieses Eigenthums für die Rechnung und die Interessen der Gesellschaft hergegeben seien und somit auf Gefahr und Risiko derselben ständen, während das Eigenthum ganz und ungetheilt dem Inferenten verbleibe. Gegenüber stehen bekanntlich die beiden anderen Auffassungen, wonach wir es entweder mit einem wirklichen Miteigenthum und einer Sach- oder Rechtsgemeinschaft zu thun haben (dafür entscheidet sich zweifellos das Römische Recht in Ansehung der societas), oder andererseits mit dem Vermögen einer juristischen Person, so dass auch die Antheile der Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen nichts als eine Forderung auf Rückgabe nach aufgelöster Gesellschaft bedeuten können.

---

[2]) Cf. oben § 78 u. 85.

Praktisch hat das Wort Gesellschaftsvermögen vor Allem für die Gesellschaftsgläubiger seine folgenreiche Bedeutung; nicht minder sind die Privatgläubiger der Gesellschafter, hier also des Kommanditisten davon sehr wesentlich berührt. Der Gegensatz gegen die stille Gesellschaft tritt auch dabei wieder hervor.

Nach Art. 169 finden die Bestimmungen der Art. 119—122 auch bei der Kommanditgesellschaft Anwendung. In diesen Artikeln ist eben die Stellung der Gläubiger und ihrer Exekutionsansprüche zum Gesellschaftsvermögen geregelt worden. Eine weitere Ausführung und Ergänzung ist dann durch die Bestimmungen der Konkursordnung für das deutsche Reich § 198—201 erfolgt, welche ebenfalls offene Gesellschaft und Kommanditgesellschaft gemeinschaftlich betreffen. Die Summe aller dieser Bestimmungen ist die Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens als eines für sich verwalteten Sondervermögens; es ist aus dem sonstigen Vermögen der Gesellschafter ausgeschieden, und wenn es die Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu erfüllen gilt, durch Zwangsvollstreckung in das Vermögen derselben oder im Konkurse, so zeigt sich jene Absonderung, indem die sogenannten Privatgläubiger der einzelnen Gesellschafter von der Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen ganz fern gehalten werden. Sie können weder für Exekution, Arrest oder Beschlagnahme die Hand auf Gegenstände des Gesellschaftsvermögens legen, noch nehmen sie am Konkurse über das letztere überhaupt Theil; ihnen bleibt nichts als der etwa fällige Zinsen- und Gewinnanspruch ihres Schuldners erreichbar oder das Guthaben, welches diesem bei Auflösung und Liquidation der Gesellschaft zukommt. In der modernen Terminologie ausgedrückt, geniessen somit die Gesellschaftsgläubiger ein Recht auf abgesonderte Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen. Den Vorstellungen, welche mit dem Wesen der juristischen Personen und ihrem Vermögen verknüpft sind, stehen diese Bestimmungen sehr nahe. Eine besondere Konsequenz ist noch in Ansehung des Kompensationsrechtes gezogen: Gesellschaftsschuldner haben kein Recht, ihre Privatforderungen gegen einen einzelnen Gesellschafter auch der Gesellschaft gegenüber zur Aufrechnung zu bringen.

In gewissem Sinne eine Kehrseite dieses Absonderungsrechtes enthält der Art. 122, welcher einmal den Landesgesetzen vorbehält, auch den Privatgläubigern der Gesellschafter ein Absonderungsrecht in Bezug auf das Privatvermögen derselben einzuräumen,[3]) andererseits aber den Gesellschaftsgläubigern zur Pflicht macht, im Fall eines Konkurses der Gesellschaft ihre Befriedigung zunächst in diesem zu suchen und erst wegen des sich hier ergebenden Ausfalles das Privatvermögen der Gesellschafter anzugehen. Das letztere haftet ihnen also erst in subsidium. Wer daher im Gesellschaftskonkurse nicht liquidirt und

---

[3]) So der Wortlaut des Art. 122. Nebenbei die Bemerkung, dass dieser hier gemachte Vorbehalt jetzt nach dem Inkrafttreten der Konkursordnung keine Bedeutung mehr hat; die Konkursordnung lässt einen Anspruch auf abgesonderte Befriedigung nur noch zu, sofern sie ihn selbst gewährt (K.O. § 3), oder soweit Reichsgesetze ihn aufstellen (Einführungsgesetz zur K.O. § 3). Cf. auch v. Hahn, Kommentar, 3. Aufl., S. 465, zu Note 50.

also jener Pflicht nicht genügt, hat noch kein Recht, an das Privatvermögen sich zu halten.[4]) Dieser Satz gilt jetzt freilich nur noch, wenn über das Privatvermögen ein Konkursverfahren nicht eröffnet ist. Denn im anderen Fall ist durch die Konkursordnung § 201 die Anwendung des Art. 122 ausgeschlossen worden, insofern hier der Verzicht auf das Absonderungsrecht für statthaft erklärt ist.[5])

In die Einzelheiten des Absonderungsrechtes hier auf's Neue einzugehen, wird entbehrlich erscheinen, da ja für die Kommanditgesellschaft keine selbständigen und abweichenden Bestimmungen darüber gelten. Es mag also wiederum die Verweisung auf dasjenige genügen, was oben bei der offenen Gesellschaft darüber vorgetragen ist.[6])

Die Existenz eines Gesellschaftsvermögens ist natürlich von der Dauer der Gesellschaft abhängig und auch nur so lange gelten jene Bestimmungen über die Rechte der Gläubiger. Erfolgt daher nach Auflösung der Gesellschaft nicht noch ein Liquidationszustand, bis zu dessen Beendigung freilich die bisherigen Verhältnisse sich noch fortsetzen (Art. 144), so existirt auch ein Gesellschaftsvermögen nicht mehr und es endigt sich auch das den Gläubigern der Gesellschaft bisher zuständige Absonderungsrecht, das seine Grundlage damit verloren hat.[7])

§ 101.

F. Gegenseitige Rechte und Pflichten der Gesellschafter.

Auch in dieser Beziehung soll vom einfachsten Fall ausgegangen werden, dass die Gesellschaft nur aus zwei Personen besteht, dem Kommanditisten und dem unbeschränkten Theilhaber. Die sich ergebenden Rechtssätze kommen dann auch da zur Anwendung, wo auf einer oder beiden Seiten eine Mehrheit von Personen steht. Das ist ja geradezu ausgesprochen, dass bei einer Mehrheit persönlich haftender Gesellschafter rücksichtlich dieser die Gesellschaft zugleich eine offene ist. Bei einer Mehrheit von Kommanditisten kommt aber doch vor Allem die Stellung derselben nicht sowohl unter einander als eines jeden von ihnen zu dem oder den persönlich haftenden Gesellschaftern in Betracht. Eine besondere Organisation der Kommanditisten unter sich und selbständige Regeln darüber sind doch nur für die Kommanditgesellschaft auf Aktien erfolgt, von welcher hier noch abgesehen wird.

Das Rechtsverhältniss zwischen Kommanditist und Komplementar regelt sich, wie schon mehrfach hervorgehoben ist, zunächst nach den für die offene Gesellschaft aufgestellten Bestimmungen. Die Abweichungen hiervon ergeben sich dann von selbst als Konsequenzen der ungleichen Betheiligung, und die

---

[4]) In solchem Sinne sind zwei Entscheidungen des R.O.H.G. ergangen, welche gerade die Kommanditgesellschaft betreffen, Bd. 17, Nr. 62, S. 284—291, Nr. 77, S. 351.

[5]) Abs. 2 mit seinem Hinweis auf § 57 d. K.O.

[6]) Cf. oben § 92.

[7]) R.O.H.G. Entscheidungen Bd. 25, Nr. 68, S. 276.

Stellung des Kommanditisten, seine Rechte und Pflichten in der Gesellschaft gestalten sich also in wesentlicher Beziehung anders als die seines Gegenparts. Die Art. 158—162, welche diese Abweichungen normiren, nehmen aber auch noch wieder vielfach auf die offene Gesellschaft (Art. 90—109) Bezug.

Im Wesentlichen giebt für die gegenseitigen Beziehungen der Art. 158 den Ausschlag und es gilt nur, die Konsequenzen davon zu ziehen: die Geschäftsführung der Gesellschaft wird durch den oder die persönlich haftenden Gesellschafter besorgt; ein Kommanditist ist zur Führung der Geschäfte der Gesellschaft weder berechtigt noch verpflichtet. Denn aus der Geschäftsführung ergiebt sich ein wesentlicher Theil der gegenseitigen Pflichten, und wer darum an ihr nicht betheiligt ist, wird auch von diesen Pflichten nicht getroffen. Jeder Gesellschafter, heisst es zwar allgemein im Art. 94, ist verpflichtet, in den Angelegenheiten der Gesellschaft den Fleiss und die Sorgfalt anzuwenden, welche er in seinen eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, und er haftet der Gesellschaft für den Schaden, welcher ihr durch sein Verschulden entstanden ist. Allein wer mit der Geschäftsführung überhaupt nichts zu thun hat, wessen Thätigkeit, die er für die Angelegenheiten der Gesellschaft aufzuwenden schuldig ist, mit der Hergabe der Einlage erschöpft ist, wird von einer weiteren Diligenzpflicht auch nicht mehr betroffen. So ist daher die Anwendung des Art. 94 in der Kommanditgesellschaft nur für die persönlich haftenden Mitglieder gegeben, und für den Kommanditisten ergiebt sich nur noch diejenige Zins- und Ersatzpflicht, von welcher im Art. 95 die Rede ist.. Ein Gesellschafter, welcher seine Geldeinlage nicht zur rechten Zeit einzahlt, oder eingenommene Gesellschaftsgelder nicht zur rechten Zeit an die Gesellschaftskasse abliefert (das ist auch beim Kommanditisten möglich), oder unbefugt Gelder aus der Gesellschaftskasse für sich entnimmt, ist von Rechtswegen zur Entrichtung von Zinsen[1]) seit dem Tage verpflichtet, an welchem die Zahlung oder die Ablieferung hätte geschehen sollen, oder die Herausnahme des Geldes erfolgt ist. Auch beim Kommanditisten wird ja die Geldeinlage den regelmässigen Fall bilden, und die gesetzliche Zinspflicht vom Tage der Fälligkeit berührt ihn daher nicht anders als die persönlich haftenden Gesellschafter. Jene allgemeinen Diligenzpflichten und die aus ihrer Vernachlässigung sich ergebenden Ersatzverbindlichkeiten bestehen und entstehen aber in der Kommanditgesellschaft zu Lasten des Komplementars, an dessen Geschäftsthätigkeit und Sorgfalt dem Kommanditisten gegenüber jener Massstab angelegt werden soll; nicht minder wiederholen sich für ihn die im Art. 95 normirten Zins- und Ersatzpflichten.

Auch der Art. 93, wiewohl er in erster Linie nur den Komplementar zu treffen scheint, ist doch ein gegenseitig anwendbarer. Vor Allem, wenn es im Eingang desselben heisst, für die Auslagen, welche ein Gesellschafter in Gesellschaftsangelegenheiten macht, für die Verbindlichkeiten, welche er wegen derselben übernimmt, und für die Verluste, welche er durch seine Geschäftsführung erleidet, sei ihm die Gesellschaft verhaftet, so kann doch eine so begründete

---

[1]) Zu 6 Prozent jährlich; Art. 287.

actio pro socio auch für den Kommanditisten entstehen. Derselbe soll freilich zur Geschäftsführung weder verpflichtet noch berechtigt sein. Dadurch ist aber die Möglichkeit eines gelegentlichen Eingreifens nicht ausgeschlossen [2]) und der allgemeine Gesichtspunkt einer Geschäftsthätigkeit im Interesse und wohl verstandenen Vortheile eines Anderen wird auch hier zutreffen müssen. Denn Art. 158 verbietet dem Kommanditisten die Geschäftsführung sicherlich nicht in dem Sinne, dass trotz eines negotium utiliter gestum ihm die Ersatz- und Ausgleichsansprüche versagt sein sollen, welche doch jedem Dritten aus der Wahrung fremder Interessen erwachsen. Nur wird bei ungünstigem Ausgang einer solchen negotiorum gestio des Kommanditisten für die Gesellschaft das Erforderniss des negotium utiliter coeptum um so strenger beurtheilt werden müssen, als es doch mit Recht heissen wird, der Kommanditist habe ja seine Hand aus dem Spiele lassen können, und die blosse gute Meinung des Kommanditisten von der Nützlichkeit seines ungerufenen Eingreifens kann noch nicht ausreichen, einen Ersatzanspruch zu rechtfertigen. Es wird sich also die actio pro socio materiell doch nach den Voraussetzungen der actio negotiorum gestorum contraria richten müssen.

Beiden Theilen gemeinschaftlich ist auch die Anwendung des Art. 98: ein Gesellschafter kann ohne die Einwilligung der übrigen Gesellschafter keinen Dritten in die Gesellschaft aufnehmen. Das gilt hier insbesondere vom Hinzutritt neuer Kommanditisten, die weder vom Komplementar einseitig zugelassen werden können, noch von einem Kommanditisten. Schon daher schliesst sich auch eine Theilung und theilweise Uebertragung des Kommanditantheiles aus, zu welcher der Kommanditist ohne Einwilligung der Gesellschaft also nicht berechtigt ist. Die freie Uebertragbarkeit der Einlage beginnt überhaupt erst bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien und der Aktiengesellschaft, wiewohl die Theilung der Aktien auch hier ausgeschlossen bleibt.

Wenn nun im regelmässigen Fall der Kommanditist der Geschäftsführung fern steht und weder von den einzelnen Vorgängen fortlaufende Kunde erhält, noch ein Widerspruchsrecht gegen einzelne, zu seiner Kenntniss kommende Geschäfte hat, so wird er um so mehr den Wunsch empfinden und äussern, von den Resultaten der Geschäftsführung, dem Stande des Geschäfts im Grossen und Ganzen und also dem Schicksal seiner Einlage und ihrer eventuellen Gefährdung Mittheilung und Auskunft wenigstens periodisch zu erlangen. Das Gesetzbuch hat seine hierauf bezüglichen Ansprüche etwas abweichend geregelt und ihm nicht die vollen Befugnisse zugesprochen, welche es doch in der offenen Gesellschaft den etwa von der Geschäftsführung ausgeschlossenen und also in gleicher Lage befindlichen Gesellschaftern gewährt hat. Die Vergleichung von Art. 105 und Art. 106 zeigt das. Der Unterschied kommt darauf hinaus, dass in der offenen Gesellschaft jeder Gesellschafter, auch wenn er nicht in dem Geschäftsbetriebe der Gesellschaft thätig ist, sich **jederzeit persönlich** von dem Gange der Gesellschaftsangelegenheiten unterrichten und zu diesem Zweck beliebig in

[2]) Necessitate aliqua urgente.

das Geschäftslokal kommen, die Handelsbücher und Papiere der Gesellschaft einsehen und sich daraus eine Bilanz zu seiner Uebersicht anfertigen kann. während der Kommanditist sich darauf beschränkt sieht, die abschriftliche Mittheilung der **jährlichen** Bilanz verlangen und die Richtigkeit derselben unter Einsicht der Bücher und Papiere prüfen zu dürfen. Nicht also jederzeit darf der Kommanditist in das Geschäftslokal kommen, nicht jederzeit brauchen ihm die Bücher und Papiere vorgelegt zu werden, sondern nur einmal im Jahre, wenn nach Ablauf des Geschäftsjahres die Bilanz aufgestellt ist, soll er davon zunächst Mittheilung empfangen und dann die Richtigkeit derselben prüfen können. Nur noch auf **wichtige Gründe** hat Art. 160 daneben noch Bedacht genommen, um auch ausser der Zeit das Begehren von Mittheilungen und Aufklärungen seitens des Kommanditisten für gerechtfertigt zu halten. Wichtige Gründe werden dabei nur aus dem Verhalten der persönlich haftenden Gesellschafter entnommen werden können, deren Geschäftsthätigkeit Besorgnisse zu erregen geeignet erscheint; Gerüchte, welche dem Kommanditisten über den Stand der Unternehmung, über zweifelhafte Solidität der Geschäftsabschlüsse, wilde Spekulationen und dergleichen zugetragen sind, werden als die Veranlassung zu weiterer Information erscheinen, und das Gericht, vor welchem dahin gehende Anträge gestellt werden, hat die Wichtigkeit der Gründe zu prüfen; ein ad suspicionem adducere wird dabei die Aufgabe des Imploranten sein, welcher doch von einer vermeintlichen Gefährdung seiner Einlage ausgeht und Misstrauen [3]) in die Geschäftsführung glaubt haben zu müssen. Dass mit der Vorlegung der Bücher und Papiere nicht unter allen Umständen dem Begehren des Kommanditisten genügt wird, zeigt schon der Zusatz „sonstige Aufklärungen“ im Wortlaut des Art. 160, und Theorie und Praxis [4]) sind daher schon darüber einig geworden, dass dem allgemeinen Anspruch auf Rechnungslegung, welcher dem Kommanditisten aus der einseitigen Geschäftsführung des Komplementars erwächst, zwar für gewöhnlich durch Vorlegung von Bilanz, Büchern und Papieren genügt werde, dass aber nach Lage und Verhältniss der Umstände auch noch anderweitige Berichterstattung und Aufklärung geschuldet werde. Dazu wird immer Bedürfniss sein, wenn die Buchführung selbst Mängel zeigt, die Geschäftsführung nicht erschöpfend darlegt und keinen klaren Einblick in dieselbe gewährt. Vor Gericht, d. h. bei Unwillfährigkeit des Gegners kann es sich daher sowohl um den Anspruch auf Rechnungslegung ausserhalb der ordentlichen Zeit als um die Art und Weise der Rechnungslegung handeln, in beiden Beziehungen kommt Alles auf die Gestaltung der thatsächlichen Verhältnisse an.

Von der Verzinsung der Einlage, der jährlichen Berechnung von Gewinn und Verlust, endlich der Befugniss, Zinsen und Gewinn zu erheben, ist schon oben die Rede gewesen. Der Kommanditgesellschaft eigenthümlich ist vor Allem, dass der Kommanditist am Verluste nur bis zum Betrage seiner einge-

---

[3]) Anschütz-Völderndorff, Kommentar, Bd. II, S. 359, 360.

[4]) v. Hahn, Kommentar, 3. Aufl., S. 358; Anschütz-Völderndorff, Kommentar, Bd. II, S. 216 und die hier zitirten Erkenntnisse deutscher Gerichte. Dazu noch R.O.H.G. Bd. 19, Nr. 101, S. 344.

zahlten oder rückständigen Einlage Antheil nimmt, dass er andererseits die Pflicht hat, die durch Verlust geminderte Einlage durch späteren Gewinn wieder zu ergänzen, endlich dass die Gewinn- und Verlustantheile im Zweifel nicht nach Kopfzahl (Art. 109), sondern lediglich nach richterlichem Ermessen bestimmt werden (Art. 162).

An dieser Stelle ist nur noch des Art. 159 zu gedenken, welcher den Kommanditisten von der Anwendung des Konkurrenzverbotes (Art. 96, 97) befreit. Zwar gilt dasselbe auch in der Kommanditgesellschaft für die persönlich haftenden, geschäftsführenden Gesellschafter und auch für den Kommanditisten selbst, falls er in die Geschäftsführung dennoch mit eingetreten sein sollte. Allein für den Kommanditisten als solchen, der mit nichts als seiner Vermögenseinlage betheiligt ist, heisst es, er dürfe auch ohne Genehmigung der anderen Gesellschafter in dem Handelszweig der Gesellschaft für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte machen, auch an einer anderen gleichartigen Handelsgesellschaft als offener Gesellschafter (um so mehr als Kommanditist) Theil nehmen. Man spricht also in Ansehung seiner von einer Konkurrenzerlaubniss. Doch ist mit Art. 159 nur das jus commune wieder hergestellt.

§ 102.

G. Zeitdauer der Gesellschaft und Auflösung derselben.

Der gesammte Inhalt des 4. bis 6. Abschnittes von Buch 2, Titel 1 des Gesetzbuches ist mit ganz untergeordneten Ausnahmen auch auf Titel 2, d. h. die Kommanditgesellschaft übertragen worden. Es gelten hier also in Ansehung der Auflösung der Gesellschaft und der Auflösungsgründe, des Ausscheidens einzelner Gesellschafter (hier speziell einzelner Kommanditisten), der Auseinandersetzung und der Liquidation, des Eintragens von Auflösung und Austritt in das Handelsregister, endlich über die Verjährung der Klagen gegen die Gesellschafter keine selbständigen und abweichenden Bestimmungen. Wiederum mag also statt erneuerter Erörterung die Verweisung auf das Frühere [1]) genügen. Nach dem Wesen der blossen Kapitalbetheiligung versteht es sich aber von selbst, dass, wenn ein Kommanditist stirbt oder zur Verwaltung seines Vermögens rechtlich unfähig wird, dies die Auflösung der Gesellschaft nicht zur Folge hat. Die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Kommanditisten ist jedoch nicht als ein Beispiel des zur Verwaltung des Vermögens rechtlich unfähig Werdens zu betrachten und ist auch in Art. 123, Nr. 3 davon getrennt. Denn einmal ist es schon an sich nicht richtig, [2]) Konkurseröffnung und Entmündigung einander gleichzusetzen; sodann kommen aber im Konkurse die Rechte der Gläubiger in Betracht und ihretwegen muss das Guthaben des Kommanditisten in die Konkursmasse gezogen, d. h. die Gesellschaft aufgelöst werden oder wenigstens

[1]) Oben § 93—95.

[2]) Cf. Schultze, Das deutsche Konkursrecht in seinen juristischen Grundlagen S. 29, 45.

der Kommanditist aus derselben ausscheiden. Zwei Auflösungsgründe kommen also für die Kommanditgesellschaft in Wegfall, sofern sie die Person des Kommanditisten betreffen. Das ist die einzige abweichende Bestimmung.

Tritt die Kommanditgesellschaft nach ihrer Auflösung in Liquidation, so gehören auch die Kommanditisten von Rechtswegen zu den Liquidatoren.[3]) Denn wenn es im Art. 133 heisst, die Liquidation geschehe durch die sämmtlichen bisherigen Gesellschafter, und dieser Artikel dann durch Art. 172 auf die Kommanditgesellschaft ohne einschränkenden Zusatz übertragen ist, so ist die Meinung, die Kommanditisten von der Liquidation auszuschliessen, unbegründet. Ueberdies heisst es im Art. 172, jene Liquidationsbestimmungen kämen hier „in Betreff aller Gesellschafter" zur Anwendung.

H. Die rechtliche Wirksamkeit der Kommanditgesellschaft im Verhältniss zu dritten Personen.

§ 103.

1. Allgemeines.

In Rechtsverhältnisse zu dritten Personen tritt eine jede Handelsgesellschaft überhaupt erst durch den thatsächlichen Beginn der Geschäftsführung, d. h. durch bereits mit Dritten abgeschlossene Geschäfte, und es kann sich immer nur darum handeln, ob der Beginn der Geschäfte schon für sich allein den Ausschlag geben soll, oder ob zuvor noch die Erfüllung sonstiger Voraussetzungen gefordert werden muss. Insofern ist es ungenau gefasst, wenn im Art. 163 (gleichlautend mit Art. 110) zunächst auf den Zeitpunkt verwiesen ist, in welchem die Errichtung der Kommanditgesellschaft in das Handelsregister eingetragen ist. Denn wer nur diesen Zeitpunkt in's Auge fasst, wird allein aus der Thatsache der Eintragung noch keine Rechtsbeziehungen zu Dritten ableiten können. In Wahrheit ist auch die Tendenz, mit welcher der Art. 163 in seiner jetzigen Fassung[1]) in die Gesetzgebung aufgenommen ist, eine andere. Es sollte nur ausgesprochen werden, dass die Existenz einer offenen oder Kommanditgesellschaft auch im Verhältniss zu dritten Personen nicht erst durch die Eintragung in das Handelsregister hergestellt werde, sondern dass auch schon vorher die thatsächliche Geschäftseröffnung auf vollkommen rechtlichem Boden stehe. Das Gegentheil bildet ja z. B. die Aktiengesellschaft, welche vor erfolgter Eintragung als solche nicht besteht; bei ihr soll daher eine dennoch vorher erfolgte Geschäftsthätigkeit nur persönlich für die Handelnden in Betracht kommen können.[2]) Bei der einfachen Kommanditgesellschaft entscheidet also

[3]) Uebereinstimmend die Kommentare von v. Hahn, 3. Aufl., S. 588 und Anschütz-Völderndorff, Bd. II, S. 390; sowie Thöl, Handelsrecht, 6. Aufl., § 107.

[1]) Ueber die Entstehungsgeschichte ist zu vergleichen v. Hahn, Kommentar, 3. Aufl., S. 566—568.

[2]) Art. 211.

umgekehrt schon, dass ein Gesellschaftsvertrag geschlossen und auf Grund desselben für die Gesellschaft das Geschäft begonnen ist. Sonach ist zunächst das Gewicht auf den Schlusssatz von Art. 163, Abs. 1 zu legen: die Wirksamkeit im Verhältniss zu dritten Personen tritt ein, sobald die Gesellschaft ihre Geschäfte begonnen hat. Man kann auch streiten, ob das nicht die einfachere und zweckmässigere Fassung gewesen wäre.

Gleichwohl ist der voraufgehende Satz, welcher auf den Zeitpunkt der Eintragung verweist, nicht ohne alle Bedeutung, welche freilich erst durch die Hinzuziehung des Abs. 2 erkennbar wird. Im Gesellschaftsvertrag kann für den Beginn der Geschäfte und also der Gesellschaft selbst ein späterer Zeitpunkt als dies ex quo (Anfangstermin) aufgestellt sein; desgleichen kann eine Bedingung verabredet sein, deren Erfüllung erst abgewartet werden soll, und überhaupt die rechtliche Wirksamkeit des Gesellschaftsvertrages kann suspendirt sein. Würde nun einer der Gesellschafter dennoch vorher schon mit der Geschäftsthätigkeit beginnen, so kann diese dann auf Rechnung der Gesellschaft noch nicht gesetzt werden, und wiederum nur den Handelnden selbst und persönlich vermöchten die Folgen seines Thuns zu treffen. Da kann nun inzwischen die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister erfolgt sein (auf Antrag der Gesellschafter). Dann hat jene Beschränkung, dass die Gesellschaft erst mit einem späteren Zeitpunkt ihren Anfang nehmen solle, gegen dritte Personen keine rechtliche Bedeutung mehr. Das schreibt Art. 163, Abs. 2 (übereinstimmend mit Art. 110) ausdrücklich vor, und in diesem Sinne nun ist auch der Ausdruck in Absatz 1 gemeint, mit dem Zeitpunkt der geschehenen Eintragung beginne die rechtliche Wirksamkeit der Kommanditgesellschaft im Verhältniss zu dritten Personen. Immerhin bleibt der Vorwurf bestehen, dass die Redaktion des Art. 163 keine glückliche ist.

Die Eintragung einer Gesellschaft in das Handelsregister kommt nach dem Gesagten einer Purifikation des Gesellschaftsvertrages gleich und bedeutet ein Fallenlassen der im Vertrag enthaltenen Suspension. Die jetzt eröffneten Geschäfte treffen also schon die Gesellschaft als solche und können von keinem Mitgliede derselben mehr abgelehnt werden. Es ist damit dem Eintrag eine besondere formelle Bedeutung beigelegt, die ihm an sich nicht inne wohnt. Denn es kommt nicht darauf an, dass Andere von dem Eintrag Kenntniss erhalten haben, und es ist zu beachten, dass neben der Eintragung die Bekanntmachung derselben gar nicht gefordert ist. Lediglich die Thatsache der Eintragung selbst soll jene purifikatorische Wirkung geniessen. Wenn also an sich ein Gesellschaftsvertrag der Hinzufügung von Suspensivbedingung und Anfangstermin durchaus fähig ist, so ist gleichwohl eine eingetragene Gesellschaft solcher Suspension nicht mehr fähig. Die Reihe der sogenannten Bedingungsverbote ist hiernach um ein weiteres Beispiel vermehrt, nur dass nicht, wie im römischen Recht bei den actus legitimi, eine vitiatio in totum eintritt per temporis vel condicionis adjectionem,[3]) sondern dass eine Remission der Bedingung eintritt,

[3]) Fr. 77. de reg. jur. 50, 17. Fragm. Vatic. 329.

etwa wie bei Erbeseinsetzungen im römischen Recht gewisse Bedingungen gestrichen werden.

Für die Kommanditgesellschaft steht jedoch noch ein besonderer Punkt zur Erwägung. Der Kommanditist ist an dem Geschäfte nur mit einer Vermögenseinlage betheiligt und er haftet daher auch für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nur mit der Einlage (Art. 165). Es bleibt noch zu erörtern, was dies Haften mit der Einlage für den Kommanditisten rechtlich bedeutet. Indessen ist hier vorweg zu nehmen, was Art. 163, Abs. 3 an die Hand giebt. Die beschränkte Haftung des Kommanditisten soll nach positiver Vorschrift erst beginnen, sobald die Kommanditgesellschaft in das Handelsregister eingetragen ist. Hat daher die Gesellschaft schon vor der Eintragung ihre Geschäfte begonnen, so haftet jeder Kommanditist dritten Personen für die bis zur Eintragung entstandenen Verbindlichkeiten der Gesellschaft gleich einem persönlich haftenden Gesellschafter. Nur soweit der Kommanditist zu beweisen vermag, dass den Drittkontrahenten seine beschränkte Betheiligung schon bekannt war, vermag er noch jene persönliche Haftung von sich abzulehnen. Bei dieser Vorschrift ist also die Eintragung als das Mittel gedacht, dem Publikum die beschränkte Betheiligung des Kommanditisten kund zu thun. Das zeigt die Rücksicht auf anderweitig erlangte Kenntniss davon. Gleichwohl ist nur auf die Eintragung selbst, nicht auf deren Bekanntmachung jener Satz gestellt und es kommt also auf ignorantia des Gegentheils nichts an, wenn die Eintragung wirklich erfolgt ist. Zur besonderen Anwendung gelangt Art. 163, Abs. 3 aber dann, wenn in eine bestehende Handelsgesellschaft jemand als Kommanditist neu eintritt, wo doch die Geschäftsführung um des neuen Gesellschaftsvertrages willen nicht unterbrochen werden wird. Hier ergiebt sich fast mit Nothwendigkeit, dass zwischen dem Abschluss des Vertrages und der Eintragung desselben eine Reihe von Geschäften zum Abschluss gelangt, und für deren Erfüllung ist also dem Kommanditisten persönliche Haftung auferlegt.[4]) Möglichste Beschleunigung der Eintragung liegt also im Interesse des Kommanditisten, und es fragt sich, wie er einer ihn so wesentlich berührenden Verzögerung seitens des Komplementars am besten begegnen könne. Man hat wohl den Kommanditisten als ganz dem Komplementar Preis gegeben betrachtet.[5]) Indessen liegt die Sache keineswegs so hoffnungslos für den Kommanditisten, welcher es vielmehr bei Abschluss des Gesellschaftsvertrages durchaus in der Hand hat, jene persönliche Haftung von sich abzuwehren. Freilich kann der Kommanditist niemals verhüten, dass der Komplementar die Geschäftsführung sofort nach Abschluss des Vertrages und vor der Eintragung beginnt. Damit ist die Frage jedoch keineswegs erledigt. Wenn die **Gesellschaft** ihre Geschäfte vor der Eintragung beginnt, sagt Art. 163, Abs. 3. Die Gesellschaft und der Komplementar für sich allein betrachtet sind ja keineswegs dasselbe, wenn auch diesem die Vertretung der Gesellschaft allein zuständig ist. Ist im Vertrage die Wirksamkeit der Gesellschaft bis zum Zeit-

[4]) R.O.H.G. Entscheidungen, Bd. XII, Nr. 5, S. 14.

[5]) Thöl, Handelsrecht, 6. Aufl., § 105 sub II, 4: „Der Satz ist ein Todesstoss für die Kommanditgesellschaft.“

punkt der Eintragung hinausgeschoben, was ja eine durchaus zulässige Klausel ist, so liegt in der einseitigen Thätigkeit des Komplementars noch kein Geschäftsbeginn seitens der Gesellschaft, und also auch im Verhältniss zu dritten Personen tritt die Gesellschaft erst mit der Eintragung ins Leben.

Auf diese vertragsmässige Beschränkung des Gesellschaftsvertrages ist denn auch schon mehrfach hingewiesen. Dem Kommanditisten sei die Vorsicht anzurathen, sagt **v. Hahn**,[6]) vertragsmässig zu bestimmen, dass der Geschäftsbetrieb unter der gemeinschaftlichen Firma nicht vor erfolgter Eintragung beginnen dürfe. Für wirksamer noch und einfacher als dies sieht es **Anschütz**[7]) an, dass direkt die Gesellschaft bis zum Tage der Eintragung suspendirt werde. Man dürfte der Meinung sein, dass beides nicht blos in den Folgen auf dasselbe hinaus kommt, sondern in der That ganz dasselbe ist, wenn auch die beiden genannten Schriftsteller darüber anderer Meinung zu sein scheinen. Was hier in Frage steht, ist eine Vertragsklausel, die sich als sogenannte Willensbeschränkung zu erkennen giebt, dass der abgeschlossene Gesellschaftsvertrag nicht vor einem bestimmten Zeitpunkt in Kraft und Wirksamkeit treten solle. Die Geschäftseröffnung unter der gemeinschaftlichen Firma (**v. Hahn**) ist doch die einzige Weise, wie die Gesellschaft zu dritten Personen in Beziehung treten kann; jene Suspensivklausel richtet sich daher nothwendig auf das, was **v. Hahn** betont, auch wenn sie mit solchen Worten abgefasst ist, wie sie **Anschütz** gebraucht. Darum giebt auch die hier gewählte Formulirung sachlich nichts verschiedenes und Drittes. Nur wenn **Anschütz** die Suspension bis auf den Tag der geschehenen und **bekannt gemachten** Eintragung anempfiehlt, so muss dagegen in der That Einspruch erhoben werden. Länger als bis zum Tage der Eintragung selbst vermag nach dem Obigen die Beschränkung gar nicht zu wirken, weil ja Art. 163, Abs. 2 direkt entgegenstehen würde.

In rechtliche Beziehungen zu dritten Personen, überhaupt in Rechtsverhältnisse tritt die Gesellschaft durch die Thätigkeit der geschäftsführenden Mitglieder, hier also durch die Thätigkeit des Komplementars. Sind mehrere persönlich haftende Gesellschafter vorhanden, so stehen sie zur Geschäftsführung ganz wie offene Gesellschafter, d. h. haben jeder die Vertretungsbefugniss für sich, sofern nicht Kollektivgeschäftsführung im Vertrage festgesetzt ist. Die beiden Art. 164 und 167, Abs. 1 und 2 reproduziren nun ausschliesslich, zum Theil in übereinstimmender Fassung, was bei der offenen Gesellschaft aufgestellt worden ist. Die Kommanditgesellschaft kann unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigenthum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden; ihr ordentlicher Gerichtsstand[8]) ist bei dem Gericht, in dessen Bezirk sie ihren Sitz hat. So steht es völlig gleichlautend auch im Art. 111. Sodann: die Kommanditgesellschaft wird durch die persönlich haftenden Gesellschafter berechtigt und

---

[6]) Kommentar 3. Aufl., S. 569. Zustimmend auch v. Kräwel in Busch, Archiv, Bd. V, S. 99, 100.

[7]) Anschütz-Völderndorff, Kommentar, Bd. II, S. 371.

[8]) Cf. Zivilprozessordnung für das deutsche Reich § 19.

verpflichtet; sie wird durch dieselben vor Gericht vertreten; zu Behändigungen von Vorladungen und anderen Zustellungen[9]) an die Gesellschaft genügt es, wenn dieselbe an einen der zur Vertretung befugten Gesellschafter geschieht. So ist in Art. 167, Abs. 1 und 2 der Inhalt von Art. 114—117 verkürzt und zusammengezogen. Nicht auf's Neue zum Ausdruck gebracht ist der Nebeninhalt dieser Artikel; natürlich ist derselbe unverändert auch bei der Kommanditgesellschaft zur Anwendung zu bringen. Nämlich zunächst, was im Art. 114, Abs. 2 über die Geschäftsführung **im Namen** der Gesellschaft gesagt ist: Die Gesellschaft wird durch die Rechtsgeschäfte, welche ein zur Vertretung der Gesellschaft befugter Gesellschafter in ihrem Namen schliesst, berechtigt und verpflichtet; es ist gleichgültig, ob das Geschäft ausdrücklich im Namen der Gesellschaft geschlossen worden ist, oder ob die Umstände ergeben, dass es nach dem Willen der Kontrahenten für die Gesellschaft geschlossen werden sollte. Hierüber ist schon oben im Abschnitt von den Hülfspersonen[10]) genügend die Rede gewesen. Sodann kommt auch zur Uebertragung auf die Kommanditgesellschaft der Inhalt des Art. 116; eine Beschränkung des Umfangs der Befugniss eines Gesellschafters, die Gesellschaft zu vertreten, hat dritten Personen gegenüber keine rechtliche Wirkung; insbesondere ist die Beschränkung nicht zulässig, dass die Vertretung sich nur auf gewisse Geschäfte oder Arten von Geschäften erstrecken, oder dass sie nur unter gewissen Umständen oder für eine gewisse Zeit oder an einzelnen Orten stattfinden solle. Die Vertretungsbefugniss ist also entweder vorhanden oder fehlt ganz; nicht aber kann sie beschränkt vorhanden sein. Es gilt von ihr die gleiche und absolute Vorschrift, wie sie auch für die Prokura[11]) aufgestellt worden ist, im Gegensatz der einfachen Handlungsvollmacht. Der Wortlaut von Art. 116 ist im Wesentlichen übereinstimmend mit Art. 43.

Das weitere Interesse dreht sich vorzugsweise um die **Verbindlichkeiten** der Gesellschaft, und zwar nicht sowohl um die Geltendmachung derselben gegen die Gesellschaft, als gegen die einzelnen Gesellschafter persönlich. Bei der offenen Gesellschaft besteht nach allen Seiten hin, ohne Rücksicht auf den Antheil an der Geschäftsführung, ein gleiches Verhältniss und die gleiche rechtliche Behandlung. Mit kurzen Worten entscheidet Art. 112: Die Gesellschafter haften für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft solidarisch und mit ihrem ganzen Vermögen; eine entgegenstehende Verabredung hat gegen Dritte keine rechtliche Wirkung. In der Anwendung dieses Artikels trennt sich nun die Kommanditgesellschaft von der offenen Handelsgesellschaft, und in dem auf jene bezüglichen Abschnitt des Gesetzbuches fehlt sowohl eine ähnlich lautende Bestimmung als überhaupt eine Hinweisung auf Art. 112. Indessen wird kein Zweifel darüber bestehen, dass Art. 112 gleichwohl auch bei der Kommanditgesellschaft in Ansehung des Komplementars zur unveränderten Anwendung kommen muss. Das Wort persönlich haftender Gesellschafter, dessen sich das Gesetzbuch stehend

[9]) Cf. Zivilprozessordnung § 157.
[10]) Vgl. oben § 72.
[11]) Vgl. oben § 70.

zur Bezeichnung des Komplementars bedient, ist eben in dieser Tragweite zu verstehen. Sind überdies mehrere persönlich haftende Gesellschafter vorhanden, so soll ja rücksichtlich ihrer die Gesellschaft zugleich eine offene sein (Art. 150) und für jeden einzelnen Komplementar ergiebt sich dann von selbst die Anwendbarkeit des Art. 112. Um so mehr wird man auch, wo nur ein Komplementar ist, keinen Zweifel über die Bedeutung seiner persönlichen Haftung haben und wird diese auslegen als „solidarisch und mit ganzem Vermögen". Andererseits dass der Kommanditist nicht in gleicher Weise haftet, ist ja im Art. 165 ausdrücklich geordnet; er haftet nur mit der Einlage. Gleichwohl wird die Solidarität seiner Haftung ebenfalls noch vertheidigt, und was sich bei ihm ändert, ist also nur ein Theil der Vorschrift des Art. 112; er haftet nicht mit seinem ganzen Vermögen. Ueber den rechtlichen Karakter der auf die Einlage beschränkten Haftung besteht eine prinzipielle Meinungsverschiedenheit, wovon der folgende Paragraph ausführlich berichten wird. Daneben giebt es freilich auch eine Reihe von Fällen, wo wider die Regel der Kommanditist doch unbeschränkt und also gleich einem persönlich haftenden Gesellschafter verpflichtet wird.

Auf die persönliche Haftung des Komplementars beziehen sich einige Entscheidungen[12]) des R.O.H.G., denen jedoch weitere Bedeutung nicht innewohnt. Dass die Klage gegen den Komplementar persönlich verschieden ist von der Klage gegen die Gesellschaft, dass die persönliche Haftung des Komplementars nicht eine subsidiäre hinter der Haftung der Gesellschaft selbst ist, endlich dass bei der Klage gegen den Komplementar persönlich dieser die alleinige Prozesspartei ist und das ergehende Urtheil also weder gegen die Gesellschaft als solche, noch gegen die übrigen Mitglieder derselben unmittelbare Rechtskraft und Vollstreckbarkeit geniesst, ergiebt sich alles als einfache Folge der leitenden Gedanken, ohne dass abweichende Meinung darüber noch möglich wäre.

§ 104.

2. Der Kommanditist haftet nur mit der Einlage.

Artikel 165.

Unsere Darstellung kommt jetzt zu derjenigen Kontroverse, welche in der Lehre von der Kommanditgesellschaft sowohl theoretisch als die hauptsächlichste erscheint, als auch praktisch hervorragende Bedeutung in Anspruch nimmt. Sie betrifft die rechtliche Stellung des Kommanditisten zu den Verbindlichkeiten der Gesellschaft, sein Verhältniss zu den Gesellschaftsgläubigern sowohl während Bestehens als nach Auflösung der Gesellschaft. Ob den Gesellschaftsgläubigern ein direktes Klagerecht auch gegen den Kommanditisten zuständig ist, und eventuell unter welchen Voraussetzungen oder Beschränkungen? so lautet die vielverhandelte Frage, auf welche theils bejahende, theils verneinende Antwort ertheilt ist. Man wird schwerlich sagen können, dass sich schon eine communis

[12]) Bd. 2, Nr. 39, S. 168; Bd. 24, Nr. 48, S. 167.

opinio, die als herrschend bezeichnet werden dürfte, gebildet habe; denn es halten sich die Vertreter der einen und der anderen Meinung so ziemlich das Gleichgewicht, wie der gleich zu gebende Literaturbericht zeigen wird. Wie sich gegenüber einem kodifizirten Recht erklärt, treten in den Erörterungen für und wider die rechtshistorischen Gesichtspunkte fast ganz zurück, und nur vom Gesetzbuch selbst pflegt der Ausgangspunkt genommen zu werden. In der That muss diesem Verfahren eine gewisse Berechtigung zuerkannt werden, insofern der Rechtszustand vor dem Erlass des deutschen Handelsgesetzbuchs grade in Ansehung der Kommanditgesellschaft hin und her schwankte und die Anschauungen grade in den wesentlichsten Beziehungen auseinandergingen. In der Regel ward, wie oben (§ 96) berichtet ist, zwischen Kommandit- und stiller Gesellschaft ein Unterschied überhaupt nicht gemacht, und wiederum die Hauptfrage, ob societas mercatoria oder societas privata vorliege, ward durchaus verschieden beantwortet. Wenn nun grade das Gesetzbuch den Unterschied von Kommanditgesellschaft und stiller Gesellschaft erst entstehen liess, wenn dabei die Kommanditgesellschaft Merkmale erhielt, welche man bis dahin hatte zurücktreten lassen, wenn in summa die Kommanditgesellschaft in ihrer jetzigen Gestalt eine neue Schöpfung genannt werden muss, so erklärt sich auch, dass bei der Untersuchung ihres Wesens und der über sie geltenden Rechtssätze das Gesetzbuch als solches den Ausgangspunkt zu bilden pflegt. Was man bis dahin Kommanditgesellschaft zu nennen gewohnt war, fällt jetzt im Wesentlichen unter die stille Gesellschaft. So kommt es, dass das von der älteren deutschen Doktrin bis dahin hauptsächlich betonte Argument, der Kommanditist habe an dem Unternehmen und seiner Firma keinen direkten Antheil und die unter der Firma abgeschlossenen Geschäfte seien daher nicht zugleich in Vertretung des Kommanditisten, also auch nicht mit Wirkung für ihn abgeschlossen, für die heutige Kommanditgesellschaft überhaupt nicht mehr wiederholt worden kann, weil hier ja gemeinschaftliche Firma und wirkliche Handelsgesellschaft besteht und also die Verbindlichkeiten der Gesellschaft keineswegs schon mit jener Begründung von dem Kommanditisten persönlich abgewälzt werden können. Wenn also die gesammte frühere Doktrin [1]) mit ganz vereinzelten Ausnahmen lehrte, der Kommanditist stehe zu dritten Personen in keinem obligatorischen Nexus, er habe gegen Dritte weder Rechte noch Verbindlichkeiten, so sind die Grundlagen dieser Lehre heute nur noch bei der stillen Gesellschaft vorhanden, nicht mehr bei unserer jetzigen Kommanditgesellschaft.

Allerdings ward schon damals der gedachte Entscheidungsgrund von **Goldschmidt** [2]) angefochten und der Einwand erhoben, auch die Kommanditgesellschaft habe sich zu einer wahren societas mercatoria entwickelt. Auch wenn der Name des Kommanditisten in der Firma nicht genannt sei, oft auch nicht

---

[1]) Als Repräsentanten der ganzen Gattung mögen genannt werden, Brinckmann, Handelsrecht, § 57, woselbst in Anm. 2 weitere Zitate gegeben sind; sodann Heise, Handelsrecht, § 22 u. 23; Thöl, Handelsrecht, 1. Aufl., Bd. I, § 42; Seuffert, Arch., Bd. II, Nr. 287 (O.A.Gericht zu Lübeck).

[2]) Diss. de societate en commandite, spec. I, § 33.

genannt werden dürfe, so sei er doch socius mercatorius, Mitinhaber der Firma, und werde also auch den Gläubigern der Gesellschaft seinerseits verbindlich. Erst sobald er die versprochene Einlage völlig in die Gesellschaftskasse eingezahlt habe, gewinne er eine exceptio doli gegen die Klage der Gläubiger. Allerdings kam auch **Goldschmidt** doch wieder zu einer wesentlichen Beschränkung des Klagrechts der Gläubiger, denen er während Bestehens der Gesellschaft die Klage gegen die Kommanditisten deshalb ganz versagte, weil der Komplementar die alleinige Vertretung habe und sonach allein klagen und verklagt werden könne: vice societatis solus legitime exstat. Dagegen wäre dann freilich einzuwenden gewesen, dass ja die Klage gegen die Gesellschaft als solche von der gegen die einzelnen Gesellschafter persönlich gerichteten völlig zu trennen ist. Das von der ausschliesslichen Vertretung und Geschäftsführung entnommene Argument trifft nur jene, nicht auch diese, und wenn überhaupt den Gläubigern eine direkte Klage gegen den Kommanditisten zu jener Zeit zustand, so konnte sie auch durante societate völlig frei geübt werden.

Jedenfalls ist nun die gedachte Auffassung **Goldschmidt's** von der wirklichen societas mercatoria mit gemeinschaftlicher Firma durch das Allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch zunächst partikularrechtlich, sodann mit gemeiner Geltung zur zweifellosen Annahme gelangt; die Kommanditgesellschaft des heutigen Rechts bedeutet ein unter gemeinschaftlicher Firma betriebenes Gesellschaftsunternehmen, was als solches in das Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht wird. Sonach konnte es nicht fehlen, dass seitdem die Meinung der Schriftsteller und der Gerichte sich mehr und mehr zu Gunsten des direkten Klagerechts der Gläubiger auch gegen den Kommanditisten neigte, und überall, wo seitdem ein solches actione teneri für den Kommanditisten gebilligt ist, ist auch zur Begründung im Wesentlichen nichts anderes vorgebracht, als was schon **Goldschmidt** vertheidigt hatte. Mit wenig Variationen lauten die Ansichten so, es sei unter der **gemeinschaftlichen** Firma kontrahirt, die Gesellschaft als solche werde verpflichtet, Gesellschafter sei auch der Kommanditist und also sei er auch den Gläubigern direkt verhaftet. Seine Haftung unterscheide sich somit von der des offenen Gesellschafters nur quantitativ, nicht qualitativ. So sei also der Artikel 165 zu verstehen: auch hier sei nur das Mass der Haftung beschränkt, diese selbst aber vorausgesetzt und bestätigt. In der Betheiligung des Kommanditisten an der Gesellschaft wird auch wohl geradezu die Erklärung erblickt, für die Geschäfte der Gesellschaft bis zum bezeichneten Betrage Dritten obligirt sein zu wollen. Neben **Wiener,**[3]) welcher das zuletzt genannte Argument besonders betont, stehen in solcher Weise **Kuntze,**[4]) **v. Hahn,**[5]) **Laband**[6]) und **Dernburg.**[7]) Wenn nun das Gesetzbuch dem Kommanditisten den **persönlich haftenden** Gesellschafter gegenüberstellt, so wird dann das Wesen der persönlichen

[3]) Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, Bd. 24, S. 461.
[4]) Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, Bd. 6, S. 218.
[5]) Kommentar, 3. Aufl., S. 577.
[6]) Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, Bd. 14, S. 644, 645.
[7]) Lehrbuch des Preussischen Privatrechts Bd. II, § 221, Anm. 22.

Haftung im Gegensatz zum Haften mit der Einlage nicht sowohl auf das eigene und direkte actione teneri als vielmehr nur darauf gestellt, die volle und uneingeschränkte Zahlungsverbindlichkeit auszudrücken; persönlich haftend, das heisse eben voll haftend. [8])

Die entgegengesetzte Ansicht, dass der Kommanditist den Gläubigern nicht direkt und unmittelbar belangbar sei, wird aber gleichwohl auch in der Gegenwart vertheidigt und also jenem Argument von der Tragweite der gemeinschaftlichen Firma doch nicht allgemein Glauben geschenkt. Die Reihe der Opponenten ist weder geringer noch unbedeutender, so dass, was gelegentlich [9]) wohl beansprucht ist, ein Uebergewicht nach jener Seite hin keineswegs besteht. Von der Opposition wird das Haften nur mit der Einlage als Gegensatz der persönlichen Haftung noch immer als das Fehlen der direkten Belangbarkeit verstanden. Der Kommanditist haftet nicht persönlich den Gesellschaftsgläubigern, sondern nur seine Einlage als Vermögensobjekt ist denselben erreichbar als Bestandtheil eben des Gesellschaftsvermögens, wenn gegen dieses die Gläubiger Befriedigung suchen. An dieser Meinung hat zunächst **Thöl** [10]) auch in den späteren Auflagen seines Handelsrechts festgehalten und findet sie im Wortlaut des Art. 165, Abs. 1 bestätigt und ausgedrückt. Ihm ist sodann **Anschütz** [11]) gefolgt, welcher das gleiche Gewicht auf den Gegensatz der persönlichen Haftung und der Kapitalhaftung legt. Sodann ist **v. Kräwel** [12]) zu nennen, welcher hauptsächlich die Protokolle und Beschlüsse der Nürnberger Kommission zur Beweisführung heranzieht. Dann **Molle** [13]) und **Endemann** [14]) und zuletzt ist auch von **Lastig** [15]) die gleiche Meinung wenigstens angedeutet.

Aus der Praxis der neueren Zeit ist nur auf je eine Entscheidung des R.O.H.G. [16]) und jetzt des **Reichsgerichtes** [17]) zu verweisen. In jener ist wenigstens für die Zeit nach der Auflösung der Kommanditgesellschaft den Gläubigern das Klagrecht gegen den Kommanditisten zugesprochen, in dieser aber dasselbe allgemein zu Grunde gelegt, obwohl es sich nur um eine in Konkurs gerathene Gesellschaft handelte und um konkursmässige Schritte zur Konstituirung der Masse d. h. um die Klage des Konkursverwalters gegen den

---

[8]) So besonders Kuntze a. a. O. S. 205.

[9]) Z. B. bei Wiener a. a. O. Anm. 40: „Ueber die Existenz des direkten Klagerechts der Gläubiger der einfachen Kommanditgesellschaft gegen den Kommanditisten nach H.G.B. herrscht im Wesentlichen Uebereinstimmung.“ Ferner Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Bd. I, Nr. 33, S. 71: „Diese in der Theorie weitaus überwiegend vertretene Auffassung.“

[10]) Handelsrecht, 6. Aufl., § 105.

[11]) Anschütz-Völderndorff, Kommentar, Bd. II, S. 374—376.

[12]) Busch, Archiv für Theorie und Praxis des Handelsrechtes Bd. V, S. 100—109.

[13]) Die Lehre von den Aktiengesellschaften und den Kommanditgesellschaften auf Aktien § 58, S. 183—193.

[14]) Handelsrecht 3. Aufl., § 51 sub II.

[15]) Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, Bd. 24, S. 406, 415.

[16]) R.O.H.G. Entscheidungen, Bd. 19, Nr. 103, S. 349.

[17]) Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Bd. I, Nr. 33, S. 69—74.

Kommanditisten auf Zahlung des noch rückständigen Betrages der Einlage zur Konkursmasse.

Die ganze Streitfrage geht noch über die einfache Kommanditgesellschaft hinaus und trifft auch die Kommanditgesellschaft auf Aktien, sowie die reine Aktiengesellschaft. Ueberwiegend ist hier freilich ein Klagerecht der Gläubiger gegen die Aktionäre abgelehnt, und auch die meisten derjenigen, welche den einfachen Kommanditisten persönlich belangbar sein lassen, verweigern doch die Klage gegen ihn, sobald seine Einlage zur Aktie geworden ist. Auch das R.O.H.G. [18]) hat ein selbständiges Recht der Gläubiger gegen die Kommandit-Aktionäre oder reinen Aktionäre verneint. Indessen finden sich auch hier Vertheidiger [19]) der Meinung, dass auch die Aktionäre, soweit sie die gezeichneten Aktien noch nicht vollgezahlt hätten, von den Gläubigern unmittelbar in Anspruch genommen werden dürften. Die einfache Kommanditgesellschaft von der Kommanditgesellschaft auf Aktien und der Aktiengesellschaft zu trennen, liegt in der That nicht genügender Grund vor. Die Art. 173—206 des Gesetzbuches (Kommanditgesellschaft auf Aktien) enthalten keine die Abweichung rechtfertigende Bestimmung; das Kapital der Kommanditisten kann in Aktien zerlegt werden; aber auch dann trifft der allgemeine Satz des Art. 150 noch zu, dass der Kommanditist nur mit einer Vermögenseinlage an dem Handelsgewerbe betheiligt ist, und die Konsequenzen dieser Einlagebetheiligung müssen auch hier dieselben sein. Auch der Kommanditaktionär haftet mit seiner Einlage für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft, dies Wort kann hier nichts anderes bedeuten, als bei der einfachen Kommanditgesellschaft. Nicht anders ist auch im Art. 207 das Wesen der Aktiengesellschaft definirt: Die sämmtlichen Gesellschafter betheiligen sich nur mit Einlagen. Es giebt in der Aktiengesellschaft gar keine unbeschränkt betheiligten Gesellschafter. Das Wesen der auf Vermögenseinlage beschränkten Betheiligung wird aber dadurch nicht abgeändert, und was beim Kommanditisten daraus folgt, wird auch für den Aktionär daraus folgen müssen. Man findet zwar eine Rechtfertigung für die abweichende Behandlung der Aktionäre in dem weiteren Zusatz des Art. 207: sämmtliche Gesellschafter betheiligen sich nur mit Einlagen, **ohne persönlich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu haften.** So z. B. **Laband, Wiener, v. Hahn** und Andere. Es ist aber ein vollständiger Widerspruch, dadurch schon die Aktionäre der Klage der Gläubiger entzogen sein zu lassen, wenn man im übrigen bei der Kommanditgesellschaft nicht das Gleiche vertheidigen will. Der Zusatz „ohne persönlich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu haften“ könnte in dem Art. 150 genau mit demselben Recht gemacht sein, wie in Art. 207; ja man kann sagen, er ist darin gemacht. Denn wenn die unbeschränkt betheiligten Gesellschafter eben als persönlich haftende bezeichnet werden und dies Wort

---

[18]) Entscheidungen Bd. 22, Nr. 81, S. 343.

[19]) Z. B. Wiener a. a. O. S. 14—16 referirt über Theorie und Praxis des französischen Rechts zu Gunsten der action directe gegen die Aktionäre. Was das deutsche Recht angeht, so schliesst freilich auch er sich der herrschenden, das direkte Klagerecht verneinenden Ansicht an; cf. S. 463, Anm. 42.

immer nur für die Komplementare gebraucht wird, so ergiebt sich ganz von selbst, dass für den nur mit der Einlage betheiligten Kommanditisten eben diese persönliche Haftung ausgeschlossen sein soll. Die Terminologie des Gesetzbuches ist darin ja ganz konstant und fest, und zur besonderen Bestätigung kann auch darauf verwiesen werden, dass, wenn irgend welche Irregularität eintritt, z. B. der Name des Kommanditisten in die Firma gelangt, wenn er selbst Geschäfte schliesst, wenn vor der Eintragung schon die Geschäfte begonnen sind, ihm dann persönliche Haftung auferlegt wird. So kam es ja auch, dass das Wesen der persönlichen Haftung gar nicht auf die unmittelbare Belangbarkeit, sondern nur auf die im Mass unbeschränkte Verpflichtung gedeutet werden konnte (**Kuntze**). Danach müsste aber auch in Art. 207 jener Zusatz nur die beschränkte Haftung bedeuten und es könnte weiter nichts daraus entnommen werden. Umgekehrt meint auch im Art. 165 der Satz, der Kommanditist hafte für die Verbindlichkeiten nur mit Einlage, genau das Gleiche, was jener Zusatz des Art. 207 besagt: der Kommanditist haftet nicht persönlich.

Wenig Berechtigung hat m. E. der Versuch, die juristische Persönlichkeit in's Gefecht zu führen. Es ändert sich dadurch an den Rechtssätzen nichts, dass man einer Aktiengesellschaft oder überhaupt jeder Handelsgesellschaft die Eigenschaft als juristische Person beilegt. Denn weder Art. 165 noch Art. 207 gewinnen dadurch eine andere Bedeutung. Immer ist von den einzelnen Rechtssätzen selbst auszugehen, nicht umgekehrt von der Konstruktions- und Denkform, welche doch nur aus der Zusammenfassung aller Einzelheiten hervorgeht: non jus ex regula, sed ex jure quod est regula fiat.

Haben wir nun bisher über die Streitfrage nur referirt, ohne für eine bestimmte Meinung schon Partei genommen zu haben, so wird doch soviel schon deutlich geworden sein, dass unseres Erachtens jegliche Einlagebetheiligung, in welcher Form sie auch auftreten mag, übereinstimmend behandelt werden muss. Die Betheiligung mit Einlage ist bei der Kommanditgesellschaft keine andere als bei der Aktiengesellschaft, und darum braucht auch die Kommanditgesellschaft auf Aktien nicht das Bedenken zu erregen, in einen „signifikanten“ Gegensatz [20]) zur einfachen Kommanditgesellschaft treten zu müssen. Man könnte auch sagen, die Aktiengesellschaft sei eine solche Kommanditgesellschaft, in welcher es nur Kommanditisten gebe. Denn nicht anders heisst es im Art. 207: Die sämmtlichen Gesellschafter betheiligen sich nur mit Einlagen. Es kommt also nur darauf an, ob ausserdem noch andere persönlich haftende Gesellschafter vorhanden sind; nicht aber auf der Seite der nur mit Einlage Betheiligten unterscheidet sich die Aktiengesellschaft von der Kommanditgesellschaft. Auch vom Kommanditisten ist mit den Worten des Art. 207 zu sagen, er ist nur mit der Einlage betheiligt, ohne persönlich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu haften. Und umgekehrt, was Art. 165, Abs. 1 ausspricht, der Kommanditist hafte für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft mit der Einlage, hat immer noch die gleiche Tragweite: Negation der persönlichen Haftung. Darauf kommt

---

[20]) Wiener a. a. O. S. 463, Anm. 42.

aber auch Art. 150 hinaus, wenn nur die unbeschränkt betheiligten Gesellschafter als persönlich haftend bezeichnet werden.

In letzter Linie ist also die Entscheidung darauf zu stellen, was persönliche Haftung bedeute, und was als Gegensatz derselben zu denken sei. Das Gegenstück des Art. 165 bildet bei der offenen Gesellschaft der Art. 112, und also kann man zunächst diesen heranziehen, um zu erfahren, was persönliche Haftung heisst. „Die Gesellschafter haften für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft solidarisch und mit ihrem ganzen Vermögen." Man ist darüber einig, die Solidarität als das unwesentliche, den Schlusssatz als das eigentlich entscheidende zu betrachten. Jeder haftet mit seinem ganzen Vermögen. Der Kommanditist dagegen haftet nur mit der Einlage. Dass sonach überhaupt nur ein Unterschied im Mass der Haftung, nicht in der Art derselben bestehe, dass dem dare oportere des Kommanditisten nur ein duntaxat hinzugefügt sei, eine Obligations- und Kondemnationsschranke, scheint prima facie in der That gefolgert werden zu müssen. Indessen doch nur prima facie, und weitere Prüfung führt dennoch zum Gegentheil.

Es ist schon von anderer Seite[21]) darauf aufmerksam gemacht, dass im Art. 165 die Haftung des Kommanditisten zunächst und hauptsächlich für den Fall ausgesprochen wird, wo er seine Einlage schon voll in die Gesellschaftskasse eingezahlt hat. Der Kommanditist haftet mit der Einlage, das trifft in der Mehrzahl der Fälle und jedenfalls in der normalen Sachlage denjenigen, welcher mit dem versprochenen Betrage nicht mehr rückständig ist. Nur zur Ergänzung tritt hinzu, dass die Haftung der Einlage auch dann stattfindet, wenn der versprochene Betrag noch ganz oder theilweise geschuldet wird. Wer nun das direkte Klagerecht der Gläubiger gegen den Kommanditisten vertheidigt, kann nicht umhin, diesen zweiten Fall als den hauptsächlichsten anzusehen, und muss jedenfalls den einen Fall anders behandeln als den anderen. Denn darüber ist man wiederum vollkommen einig, dass der Kommanditist (resp. Aktionär), welcher seine Einlage voll gezahlt hat, auch von den Gesellschaftsgläubigern nicht mehr in Anspruch genommen werden könne. In diesem Fall muss also das Haften mit der Einlage, welches Art. 165 doch anordnet, sich ganz anders stellen, als wenn die Einlage noch rückständig ist. Grade wer, wie oben gezeigt, so argumentirt, Art. 165 enthalte mit direkten Worten das Gläubigerrecht[22]) gegen den Kommanditisten, stösst in erster Linie auf den Fall, dass die Gläubiger nichts vom Kommanditisten zu begehren haben. Und das ist der ordentliche und regelmässige Fall. Denn man wird nicht etwa sagen dürfen, als das gewöhnliche sei es anzusehen, dass der Kommanditist seine zugesagte Einlage noch nicht gemacht habe. Also: Der Kommanditist haftet mit der Einlage, aber den Gläubigern ist er nichts schuldig. Das ist das Resultat, zu welchem Art. 165 vor Allem führt, sobald man sich an den Normalfall hält.

Ein Forderungsrecht der Gläubiger käme überhaupt erst für den anderen

---

[21]) Molle a. a. O. S. 187.

[22]) Verbis: haftet für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft; so z. B. Laband a. a. O.

Fall heraus, dass die Einlage noch ganz oder theilweise rückständig ist. Aber darf denn die Haftung mit der Einlage in diesem Fall anders gedacht und behandelt werden als in jenem? Man hilft sich in der Regel damit, dort werde die Abweisung der Gläubiger nur ope exceptionis herbeigeführt, das Klagerecht sei aber in beiden Fällen gleichmässig vorhanden und zuständig. Nichtsdestoweniger bleibt es aber richtig, dass der mit der Einlage haftende Kommanditist grade im Normalfalle den Gläubigern nichts zu leisten hat und diese ihr Forderungsrecht gegen ihn geltend zu machen nicht im Stande sind. Und doch haftet er mit der Einlage, und diese ist Befriedigungsobjekt für die Ansprüche der Gläubiger. Aber sie ist nur als Theil des Gesellschaftsvermögens erreichbar, soweit die Gläubiger eben gegen die Gesellschaft vorgehen. So haftet der Kommanditist dennoch nicht persönlich und zwar in solchem Sinne nicht, dass er nicht persönlich belangbar ist. Dazu führt schliesslich auch die Auslegung des Art. 112. Wer mit ganzem Vermögen haftet, muss selbst verklagt und kondemnirt werden können, damit die Gläubiger auf dieser Urtheilsgrundlage (res judicata jus facit inter partes) einen vollstreckbaren Titel [23]) gegen den Inhaber des Vermögens gewinnen. Die Zwangsvollstreckung in das Privatvermögen im Gegensatz des Gesellschaftsvermögens, bedingt die persönliche Haftung und nur mittelst dieser ist jene zu erreichen. Man muss selbst verklagt werden können, um in seinem Vermögen Zwangsvollstreckung zu erfahren, und wer nur mit der Einlage haftet, welche ja Theil des Gesellschaftsvermögens ist, der ist nicht belangbar, weil wiederum, um zum Gesellschaftsvermögen zu gelangen, die Klage gegen die Person des Kommanditisten nichts nützen würde. Auch wer die Einlage noch nicht gezahlt hat, ist nicht proprio nomine, sondern nur für Rechnung der Gesellschaft pfändbar. Persönlich Haften heisst daher doch in allen Fällen das eigene actione teneri, und bedeutet nicht blos einen quantitativen Unterschied. Aus eigenem Vermögen nicht Alles, sondern nur bestimmte Theile hergeben müssen, das ist eine oportere duntaxat (z. B. de peculio, de in rem verso, mit Schiff und Fracht [24]) u. s. w.), und dem entspricht auch das actione teneri, damit der Gläubiger zu jenen Objekten seiner Befriedigung gelange. Die Einlage des Kommanditisten gilt aber nicht als Theil seines Vermögens, sondern ist den Gläubigern nur für Rechnung der Gesellschaft erreichbar, und also kann der Kommanditist nicht belangt werden; denn von seinem Privatvermögen ist er nichts herzugeben schuldig. [24a])

---

[23]) Vgl. Zivil-Prozessordnung für das deutsche Reich § 671: Die Zwangsvollstreckung darf nur beginnen, wenn die Personen, für und gegen welche sie stattfinden soll, in dem Urtheile oder in der demselben beigefügten Vollstreckungsklausel namentlich bezeichnet sind.

[24]) Bei einem Schiffsrheder wird so unterschieden, ob er persönlich, oder nur mit Schiff und Fracht hafte, Art. 452. Indessen auch im zweiten Fall wird er selbst belangt, Art. 455. Denn um sein Vermögen handelt es sich.

[24a]) Grade der Gedanke des Sonderguts, welchen jetzt Ehrenberg besonders betont, hätte ihn m. E. dazu führen müssen, die Ansprüche der Gläubiger auf dieses Sondergut dorthin zu verweisen, wo sie es doch allein zu erreichen vermögen, bei der Gesellschaft nämlich durch Klage gegen diese zum Zweck der Zwangsvollstreckung in

Zweifellos bestimmt Art. 165 die rechtliche Stellung des Kommanditisten im Verhältniss zu dritten Personen. Man hat diesen Umstand benutzt[25]) zu dem Schlusse, die Haftung mit der Einlage, welche Art. 165 festsetze, bestehe also den Gläubigern gegenüber und somit ergebe sich schon daraus das Klagerecht derselben gegen den Kommanditisten. Aber auch wer von der entgegengesetzten Meinung ausgeht, wird nicht zweifeln, dass die Haftung mit der Einlage gerade den Gläubigern gegenüber besteht. Nur folgt daraus nicht die persönliche Belangbarkeit des Kommanditisten. Aus dem gleichen Grunde ist auch kein Beweismoment, wie **v. Hahn**[26]) meint, für das unmittelbare Verhältniss zwischen Gläubiger und Kommanditisten aus dem weiteren Inhalt des Art. 165 zu entnehmen. Hier ist festgesetzt, dass die Haftung des Kommanditisten den Gläubigern gegenüber durch eine freiwillige Verminderung der Einlage oder durch Unterlassung der Wiederergänzung derselben, wenn sie durch Verlust vermindert war, nicht geschmälert werden soll. Dass diese Haftung auf keine andere Weise als durch eine direkte Klage des Gläubigers gegen den Kommanditisten realisirt werden können, ist eine durch Nichts gerechtfertigte Behauptung und hat auch schon Widerlegung gefunden. Zwar hat die Gesellschaft unter keinen Umständen ein Rückforderungsrecht und sie giebt durch Erlass der Einlage oder eines Theils derselben ihren Anspruch auf Zahlung derselben vollständig auf. Nichtsdestoweniger wenn die Gläubiger der Gesellschaft gegenüberstehen und das Gesellschaftsvermögen zu ihrer Befriedigung in Anspruch nehmen, so besteht ihnen gegenüber die Einlage in ihrem unverminderten resp. wieder ergänztem Betrage. Und überdies selbst wenn man die in Abs. 5 angeordnete Haftung des Kommanditisten, welcher jenen Bestimmungen zuwider Zahlungen von der Gesellschaft empfangen hat, im Sinne einer persönlichen Haftung auffassen wollte, so wäre doch damit für den regelmässigen Fall nichts ausgesagt. Es giebt ja auch sonst Ausnahmen, in welchen aus irgend welchen Gründen der Kommanditist gleich einem persönlich haftenden Gesellschafter verpflichtet wird, und die Reihe dieser Ausnahmen wäre dann nur um einen weiteren Fall vermehrt. Indessen wird man gar nicht gewillt sein, die Haftung des Kommanditisten aus Abs. 2—4 so anzusehen. Es ist ja darin nur ausgesprochen, dass wenn überhaupt von den Gläubigern die Einlage des Kommanditisten mit in Anspruch genommen wird, die Höhe derselben ungeachtet

---

das Gesellschaftsvermögen. Die einzelnen Fälle der beschränkten Haftung gehen eben darin auseinander, dass das Sondergut, welches vom Rheder zu opfern ist (Schiff und Fracht), welches die Ladungsinteressenten hergeben müssen (die Ladung), auch zu ihrer eigenen Disposition steht und also durch Klage und Exekution gegen sie erreicht werden kann, während der Kommanditist, der mit der Einlage haftet, diese aus dem Seinigen nicht blos thatsächlich, sondern auch rechtlich ausgeschieden und die Disposition darüber zu Gunsten der Gesellschaft verloren hat. — Das Buch von Ehrenberg, die beschränkte Haftung des Schuldners, erschien erst, als dieser Beitrag bereits die Druckerei verlassen hatte, und ich habe daher nur noch nachträglich diese kurze Bemerkung hinzufügen können.

[25]) Reichsgericht, Entscheidungen in Zivilsachen Bd. I, S. 72.

[26]) A. a. O. S. 578.

der Abmachungen zwischen ihm und den übrigen Gesellschaftern, in der gedachten Weise berechnet und festgehalten wird, dass auf Erlasse und Zurückbezahlungen keine Rücksicht genommen wird, dass zu Unrecht bezogene Zinsen und Gewinnantheile zur Wiederergänzung der durch Verlust geminderten Einlage wieder herangezogen werden. Der Kommanditist ist jedoch nicht verpflichtet, die Zinsen und den Gewinn zurückzuzahlen, welche er auf Grund einer in gutem Glauben errichteten Bilanz in gutem Glauben bezogen hat. Es könnte ja sein. dass die Gesellschaft bona fide ihre Aktiva überschätzt hat und schon in Verlust steht, wo noch alle Theile in Gewinn zu stehen glauben.

In gleicher Weise sind den Gläubigern gegenüber solche Klauseln des Gesellschaftsvertrages gleichgültig, welche die wirklich zu zahlende Einlage niedriger bestimmen als die nach aussen genannte und in das Register eingetragene Summe. Eine solche Abmachung steht dem theilweisen Erlass der Einlage völlig gleich.[27]) Ist umgekehrt im Register ein niedrigerer Betrag als der wirklich vereinbarte eingetragen, so entscheidet hier der Vertrag[28]) selbst und es liegt nur ein Verstoss gegen die Anmeldepflicht vor.

Festzuhalten ist nach Allem, dass die Gläubiger der Gesellschaft zu der Einlage des Kommanditisten niemals durch persönliche Klage gegen diese. sondern ausschliesslich durch Betreiben ihrer Ansprüche gegen die Gesellschaft und das Gesellschaftsvermögen gelangen. Wenn Zwangsvollstreckung an dieser Stelle gesucht wird, da kommt auch die Haftung des Kommanditisten zu ihrer Geltung. Man darf auch wirklich sagen, nicht blos die Einlage hafte, sondern der Kommanditist hafte mit der Einlage, weil ja rücksichtlich dieser nicht Alleinrecht des Komplementars (wie bei der stillen Gesellschaft) besteht, sondern am Gesellschaftsvermögen auch der Kommanditist seinen Antheil hat. Er haftet also mit der Einlage für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft, ganz wie Art. 165 anordnet.

Zum besonderen Ausdruck gelangt die Haftung des Kommanditisten im Konkurse über das Gesellschaftsvermögen. Wenn hier die Theilungsmasse konstituirt und zusammengebracht wird, so muss, was von der Einlage des Kommanditisten noch rückständig ist, von ihm eingefordert werden. Dass hierzu der Konkursverwalter das berechtigte Organ ist, dass er zur Klage gegen den Kommanditisten befugt ist, steht ausser allem Zweifel. Nur, wie er überhaupt nicht Vertreter der Gläubiger[29]) ist, so setzt jene Klage auch nicht voraus, dass die Gläubiger ihrerseits ein Klagrecht gegen den Kommanditisten haben müssen. Erst bei der Berechnung der Höhe der Einlage konkurrirt ein selbständiges Gläubigerrecht. Muss daher auch die Entscheidung des Reichsgerichtes, welches der Konkursverwalter zur Klage gegen den Kommanditisten zulässt und ihn auch

---

[27]) Ein solcher Fall hatte dem Reichsgericht bei seiner mehrfach zitirten Entscheidung vorgelegen. Die Fntscheidung selbst ist vollkommen richtig, wenn auch zur Begründung die Existenz des direkten Klagerechts entbehrlich ist. Im übrigen auch v. Hahn, Kommentar, 3. Aufl., S. 576.

[28]) R.O.H.G. Bd. 25, Nr. 28, S. 114.

[29]) Schultze, Das deutsche Konkursrecht, Abschnitt 3.

die Interessen der Gläubiger mit wahrnehmen lässt, für vollkommen zutreffend gehalten werden, so war zur Begründung doch die Annahme eines Klagerechtes der Gläubiger selbst gegen den Kommanditisten nicht erforderlich. Nicht die gleiche Meinung besteht rücksichtlich der schon zitirten Entscheidung des R.O.H.G.,[30]) welche noch nach Auflösung der Gesellschaft den Gläubigern ein freies Klagerecht gegen den Kommanditisten zuspricht. Da ist auch die Entscheidung selbst für unrichtig zu halten. Nach Auflösung und Auseinandersetzung, wo ein Gesellschaftsvermögen also nicht mehr vorhanden ist, kommt den Gläubigern ein Klagerecht überhaupt nur noch gegen die persönlich haftenden Gesellschafter zu.

Zuletzt ist zur Ergänzung des Art. 165 noch auf Art. 166 zu verweisen. Die Haftung des Kommanditisten (mit der Einlage) besteht nicht nur für die seit seinem Eintritt in die Gesellschaft entstandenen Verbindlichkeiten, sondern auch für alle früheren, ohne Rücksicht darauf, ob die Firma eine Aenderung erleidet oder nicht. Der Gesellschaftsvertrag soll davon auch gar keine Abweichung und Beschränkung herbeiführen können. Diese Bestimmung entspricht auch im Wortlaut der gleichen Vorschrift im Art. 113.

§ 105.

3. Persönliche Haftung des Kommanditisten.

Nicht in allen Fällen tritt der Kommanditist den Gläubigern gegenüber zurück. Es ist schon mehrfach hervorgehoben, dass eine Reihe von Veranlassungen besteht, ihn nicht nur der Klage der Gläubiger unmittelbar zu unterwerfen, sondern seine Verbindlichkeit dabei auch unbeschränkt zu machen. Das Gesetzbuch drückt sich dann so aus, er hafte gleich einem offenen Gesellschafter, oder er werde gleich einem persönlich haftenden Gesellschafter verpflichtet, so dass damit die Anwendung des Art. 112 (solidarisch und mit ganzem Vermögen) herbeigeführt wird. Damit ist denn auch gesagt, dass eine Subsidiarität dieser Haftung keineswegs gegeben ist, sondern der Kommanditist von den Gläubigern der Gesellschaft nach freier Wahl und zu jeder Zeit in Anspruch genommen werden kann. Andererseits freilich ist dann auch der Inhalt von Art. 146—149 des Gesetzbuches über die Verjährung der Klagen herüber zu nehmen, wie ja auch durch Art. 172 vorgeschrieben ist.

Die Fälle selbst sind in der bisherigen Darstellung schon gelegentlich bezeichnet worden. Zunächst ist auszuscheiden, was m. E. nicht dazu gehört. Dass der Kommanditist mit der Zahlung seiner Einlage ganz oder theilweise noch im Rückstand ist, giebt den Gläubigern noch keine Veranlassung, die Befriedigung ihrer Ansprüche persönlich beim Kommanditisten suchen zu dürfen. Diesem Satze sind die Ausführungen des voraufgehenden § 104 gewidmet. Und auch dass im Gesellschaftskonkurse der Konkursverwalter auf Zahlung der Einlage gegen den Kommanditisten klagt und dabei, was die Höhe der Einlage angeht, das Interesse der Gläubiger nach Art. 165, Abs. 2—5

[30]) Entscheidungen, Bd. 19, Nr. 103, S. 349.

wahrnimmt, ist nicht auf ein Klagerecht der Gläubiger gegen den Kommanditisten zu deuten.

Einer Kontroverse begegnen wir rücksichtlich der in Art. 165, Abs. 2—5 angeordneten Haftung. Auch von denen, welche prinzipiell das Klagerecht der Gläubiger gegen den Kommanditisten verneinen, wird zum Theil gelehrt, dass in den hier genannten Verhältnissen direkte Klage bestehe. Wenn also der Kommanditist seine Einlage ganz oder zum Theil zurück erhält, wenn er Zinsen oder Gewinn vereinnahmt, während die durch Verlust geminderte Einlage noch nicht wieder ergänzt ist, so haftet er für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft, heisst es im Abs. 5. Da zieht z. B. **Anschütz**[1]) den Gesichtspunkt der actio Pauliana heran, das Gesellschaftsvermögen sei dadurch verkürzt und also entstünde gleich jener Klage hier ein unmittelbarer Anspruch der Gläubiger gegen den Kommanditisten, welcher freilich nicht nach Zivilrecht, sondern nur nach den Voraussetzungen des Art. 165 zu begründen sei. Indessen muss doch eingewandt werden, dass von einer persönlichen Haftung des Kommanditisten (solidarisch und mit ganzem Vermögen) in Abs. 5 gar nicht die Rede ist, dass vielmehr die hier angeordnete Haftung mit der in Abs. 1 allgemein angeordneten ganz zusammenfällt. Der Kommanditist haftet für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft mit der Einlage, aber nicht unter allen Umständen mit dem jeweiligen Betrage derselben, sondern nach bestimmt angeordneten Grundsätzen. Mehr enthält Art. 165 nicht. Hat der Kommanditist den Bestimmungen zuwider Zahlungen von der Gesellschaft empfangen, so haftet er **insoweit** für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft, d. h. nicht anders, als er überhaupt mit der Einlage haftet. Es kann auch nicht für richtig gehalten werden, wenn **v. Hahn**[2]) meint, die in Abs. 5 angeordnete Haft könne ohne direkte Klage der Gläubiger gar nicht realisirt werden. Sie wird so zur Geltung gebracht, wie überhaupt die Einlagehaftung des Kommanditisten von den Gläubigern zur Geltung gebracht werden kann und gebracht wird. Von Anderen[3]) wird daher die aus Art. 165 sich ergebende Haftung des Kommanditisten in allen Theilen als eine unpersönliche betrachtet, und auch aus Abs. 5 keine direkte Klage abgeleitet. Das ist m. E. für allein richtig zu halten.

Die streitlos hierher zu rechnenden Fälle sind die folgenden:

1. Der Name des Kommanditisten ist in der Firma der Gesellschaft enthalten. Darüber ist schon oben § 97 gesprochen worden, und es ist daselbst schon die Meinung vertheidigt, dass es nicht darauf ankommt, ob der Name des Kommanditisten mit seiner Zustimmung in die Firma gelangt ist. Art. 168 spricht ohne alle Unterscheidung, sein Name dürfe darin nicht enthalten sein; im entgegengesetzten Falle hafte er den Gläubigern der Gesellschaft gleich einem offenen Gesellschafter. Nur unter dieser Voraussetzung ist auch die Entscheidung

---

[1]) Anschütz-Völderndorff, Kommentar, Bd. II, S. 379.

[2]) Kommentar 3. Aufl., S. 578, 579.

[3]) Thöl, Handelsrecht, 6. Aufl., § 105 sub II.; Molle, Die Lehre von den Aktiengesellschaften und den Kommanditgesellschaften auf Aktien § 58, S. 190.

des R.O.H.G.[4]) richtig, dass, wenn ein Kommanditist, der als solcher angemeldet ist, durch Versehen der Registerbehörde irrthümlich als offener Gesellschafter eingetragen worden ist, er dann den Gläubigern auch gleich einem solchen verhaftet sei. Wenn dann auch sein Name gar nicht in der Firma enthalten ist, so ist doch ein solcher Fall nach gleichen Regeln zu behandeln, wie wenn sein Name in die Firma irrthümlich und versehentlich gelangt.

2. Auch der zweite Fall ist schon oben berührt, vgl. § 98. Der Kommanditist, welcher an dem unter gemeinschaftlicher Firma betriebenen Handelsgewerbe nur mit einer Vermögenseinlage betheiligt ist, ist von der Geschäftsführung und der Vertretung der Gesellschaft zunächst ausgeschlossen, Art. 158. Dadurch kann freilich nicht verhindert werden, dass der Kommanditist thatsächlich dennoch Geschäfte im Namen der Gesellschaft abschliesst, auch wenn er dazu weder berechtigt noch verpflichtet ist. Da wird dann die Vorschrift des Art. 167, Abs. 3 wichtig, der Kommanditist soll in solchem Falle gleich einem persönlich haftenden Gesellschafter verpflichtet werden, was die Erfüllung der von ihm selbst abgeschlossenen Geschäfte angeht. Ganz die gleiche Folge tritt aber auch ein, wenn kraft des Gesellschaftsvertrages der Kommanditist dennoch an der Geschäftsführung betheiligt wird. Dass eine solche Bestimmung verabredet werden kann, unterliegt keinem Zweifel. Nur ist damit die persönliche Haftung nach Art. 112 verknüpft, weil es sich nun ja nicht mehr um ein einzelnes Geschäft, sondern um die Geschäftsführung im Ganzen handelt. Nicht blos also wegen der von ihm selbst abgeschlossenen Geschäfte, sondern generell haftet der an der Geschäftsführung Theil habende Kommanditist persönlich, solidarisch und mit seinem ganzen Vermögen. Dass er im übrigen Kommanditist, d. h. nur mit einer Einlage betheiligt ist, geht dann nur seinen Antheil am etwaigen Verluste (Art. 161, Abs. 2) an. Dass dann aber auch noch in sonstigen Beziehungen seine rechtliche Stellung sich verändert, ist ebenfalls schon oben § 98 ausgesprochen. Anders verhält es sich aber, wenn der Kommanditist nicht als Gesellschafter Antheil an der Geschäftsführung bekommt, sondern wenn er nur mit Vollmacht von der Gesellschaft zu irgend welchen Dingen angestellt wird, sei es als Prokurist, sei es als Handlungsbevollmächtigter irgend welcher Art, oder sei es endlich, dass er nur Gelegenheitsvollmachten empfängt (Art. 298). Auch in diesem Falle freilich wird der Kommanditist in eigener Person für die Gesellschaft thätig; er hat aber die Möglichkeit, die persönliche Haftung von sich abzuwenden, indem er bei allen Geschäftsabschlüssen ausdrücklich erklärt, dass er eben nur als Prokurist oder als Bevollmächtigter handle. Unterlässt er diese Erklärung, so haftet er wiederum persönlich aus dem fraglichen Geschäfte. So bestimmt Art. 167, Abs. 3 ausdrücklich.

3. Wiederum schon berührt ist der dritte Fall, dass die Geschäfte der Kommanditgesellschaft schon vor der Eintragung derselben in das Handelsregister begonnen sind, Art. 163, Abs. 3. Für die bis zur Eintragung entstandenen

---

[4]) Entscheidungen Bd. 23, Nr. 92, S. 280.

Verbindlichkeiten haftet der Kommanditist gleich einem persönlich haftenden Gesellschafter. Doch ist dieser dritte Fall etwas abweichend behandelt, insofern doch dem Kommanditisten zu seiner Vertheidigung der Nachweis frei bleiben soll, dass den Drittkontrahenten seine beschränkte Betheiligung in der That bekannt war. Besondere Anwendung erfährt natürlich diese Regel, wenn der Kommanditist in eine schon bestehende Gesellschaft eintritt, wo also die laufende Geschäftsführung auch in der Zeit vom Abschluss des Gesellschaftsvertrages bis zur Eintragung desselben nicht unterbrochen werden wird. Wenn nun nach Art. 166 der Kommanditist in einem solchen Falle schlechthin für alle vor seinem Eintritt eingegangenen Verbindlichkeiten **mit der Einlage** haftet, so steigert sich seine Haftung bis zur **persönlichen** Verpflichtung für alle **seit** seinem Eintritt bis zur Eintragung abgeschlossenen Geschäfte.[5]) Oben § 103 ist aber auch schon darüber Rechenschaft gegeben, in welcher Weise sich der Kommanditist gegen diese unwillkommene Folge der Geschäftsführung zu schützen im Stande sei, und es ist auf eine Suspension des Gesellschaftsvertrages bis zum Zeitpunkt der Eintragung verwiesen worden. Nach **Thöl**[6]) freilich würde es scheinen, als wenn der Kommanditist sich überhaupt jener Folge nicht entziehen könne.

---

[5]) R.O.H.G. Entscheidungen Bd. XII, Nr. 5, S. 14.

[6]) Handelsrecht 6. Aufl., § 105 sub II, 4.

IV. Die Aktiengesellschaft.

Von Herrn Justizrath Primker in Berlin.

A. Einleitung.

§ 106.

1. Das Wesen der Aktiengesellschaft.[1])

Die Funktion der „Aktiengesellschaft“ (societé anonyme, company limited by shares) genannten Vereinsform besteht vornehmlich in der Versorgung gewisser eigenthümlich gearteter Unternehmungen, deren Thatbestand in wesentlichen Punkten von dem der Geschäfte des normalen oder täglichen Verkehrs abweicht.[2]) Es handelt sich dabei entweder um Dinge, welche in die Sphäre des Staates oder der Kommunen hineingreifen und die der Privatindustrie gewissermassen nur widerruflich überlassen sind, weil dem öffentlichen Regiment die erforderlichen Mittel fehlen, oder weil man sich besonderer Vortheile von der Mit-

---

[1]) Roscher, Die Grundlagen der Nationalökonomie (1861) I, 161. Schäffle, Politische Oekonomie (1873) II, S. 38—75. Adam Smith, Untersuchung über das Wesen und die Ursachen des Volkswohlstandes (1776), Deutsch von Stöpel 1878 Bd. IV. S. 81 ff. J. B. Say, Traité d'économie politique (1803), Deutsch von Morstadt 1830, Bd. I, S. 276 ff., II, S. 386 ff., III, S. 315 ff. Engel, Die erwerbsthätigen juristischen Personen im preussischen Staate, insbesondere die Aktiengesellschaften in der Zeitschr. des Königl. Preuss. Statistischen Büreaus 1875, S. 448 f., 1876 S. 189 ff. W. Oechelhäuser, Die Nachtheile des Aktienwesens, Berlin, 1878. Ihering, Der Zweck im Recht (1877) Bd. I, S. 47, 222 ff.

[2]) „Die einzigen Geschäftszweige, die eine Aktiengesellschaft auch ohne Monopol mit Erfolg betreiben kann, sind diejenigen, deren Operationen sich auf sg. Routine, auf so gleichförmige Regeln zurückführen lassen, dass Schwankungen mehr oder weniger ausgeschlossen sind, wie die Bankgeschäfte, die Versicherung, die Anlage und Unterhaltung schiffbarer Kanäle und Wasserversorgung einer grossen Stadt“. (A. Smith.) „Die Aktiengesellschaften eignen sich besonders für solche Unternehmungen, wozu grosse Kapitalien erforderlich sind und deren Dauer ein Menschenleben übersteigen soll“. (Say.) „Zur Aktiengesellschaft besonders qualificirt sind dauernde Unternehmungen, welche die unbedingte Kontinuität einer bereiten Kapitalsbasis verlangen; sie ist ferner eine unentbehrliche Unternehmungsform für das gewagte experimentirende Grossgeschäft, dessen Durchführung häufig die Voraussetzung der allgemeinen Entwickelung ist.“ (Schäffle.)

wirkung des Publikums verspricht, wie die früher im Schwange gewesenen Kompagnien zur Beförderung der Kolonisation und des überseeischen Handels, die öffentlichen Zettelbanken der Vergangenheit und der Gegenwart, die grossen öffentlichen Kommunikationsanstalten (Eisenbahnen, Kanäle, Docks, Häfen, Chausseen u. s. w.), in welchen die Masse des heutigen Aktienkapitals angelegt ist,[3]) die Werke zur Versorgung der Städte mit Gas und Wasser u. s. w. Oder es stehen Geschäfte in Frage, welche an und für sich der Privatthätigkeit zugewiesen sind, die aber so eigenthümlich beschaffen und koncipirt sind, dass sie die Lust und die Kräfte der Einzelunternehmung und der kleinen Vergesellschaftung übersteigen, wie die von vorneherein in grossartigem Maassstabe angelegte Ausbeutung von Bergwerken, Erfindungen, Patenten, sowie neuer, besonders kostspielige Anlagen erheischender Geschäftszweige u. s. w.

Die Verwendbarkeit der Aktiengesellschaft für andere Zwecke, wie zur Förderung uneigennütziger und gemeinnütziger Interessen,[4]) oder um „dem

[3]) Von dem Nominalkapital von 2274 Millionen Thaler, der 1132 Aktiengesellschaften, welche Ende 1874 im Preussischen Staate bestanden, kommen 1270 Millionen auf Eisenbahnen, 8 Millionen auf Landstrassen- und Stadtverkehr, wie Pferdeeisenbahnen, Omnibusse und Droschkenunternehmungen, einige Hunderttausend Thaler auf Chausseen und Brückenbau. Von dem Ueberrest fallen etwa 225 Millionen auf Bergbau, Hütten- und Salinenwesen, 128 Millionen auf Baugewerke incl. Baubanken, und Generalentreprisen für Eisenbahnbauten, 92 Millionen auf Versicherungsanstalten, 17 Millionen auf Gas- und Wasserwerke, 221 Millionen auf Banken, 13 Millionen auf den Waarenhandel und dessen Hilfsgewerbe, Rhederei und Schifffahrt eingeschlossen, 5 Millionen auf landschaftliche Gewerbe und 225 Millionen auf Fabriken und industrielle Etablissements. Vgl. Zeitschr. des Preuss. Statistischen Büreaus 1875. S. 464 ff.

[4]) Der Zweck aller Association ist darauf gerichtet, mit von einer Mehrheit von Personen zusammengebrachten Mitteln neue Güter zu produciren, welcher der Einzelne, wenn er isolirt bliebe, entweder gar nicht, oder nicht so vollkommen theilhaft werden würde. Die durch diese gemeinschaftlich zusammengebrachten Mittel (Dienstleistungen, Kapital, einmalige, fortlaufende, periodische Beiträge) neugeschaffenen Güter und Werthe repräsentiren den Geschäftsgewinn, dessen Vertheilung vollzogen ist, sobald diese Vortheile, den Destinatären d. h. den Personen, für dessen Genuss sie bestimmt sind, zugänglich gemacht sind. Je nachdem zwischen den Destinatären und den Personen, welche die Mittel hergeben, Identität besteht oder nicht, zerfallen alle Vereine in zwei Klassen, in solche, bei denen es ausschliesslich oder doch hauptsächlich auf Erlangung von individuellen Vortheilen für die Mitglieder abgesehen ist und in solche, wo die Vortheile ganz oder hauptsächlich für ausserhalb des Vereins stehende Personen bestimmt sind. Der Karakter der Uneigennützigkeit kommt nur den zur letztern Klassegehörigen Vereinen zu, wie z. B. den Bibelgesellschaften, den Vereinen für Kranken-Armenzwecke, Vereinen zur Beförderung des Kunstfleisses oder von Industrieausstellungen u. s. w. Gesellschaften für die Gründung von Theatern, zoologischen Gärten, Aquarien u. s. w. werden nur dann zu den uneigennützigen Vereinen gehören, wenn das eingeschossene Geld à fond perdu hergegeben wird und wenn die individuellen Vortheile der Mitglieder, wie freies oder gesichertes Entree nicht als Aequivalent für das eingeschossene Kapital gelten können, oder wenn solche Vortheile gar nicht begehrt werden. Derartige Vereine werden jedoch auf den Karakter der Gemeinnützigkeit Anspruch machen, wie alle, welche Erwerbsgeschäfte lediglich oder hauptsächlich zu dem Zweck treiben, um den erzielten Geldgewinn für Nichtgewinnzwecke der Mitglieder zu verwenden. Der Gebrauch der Aktiengesellschaft für derartige uneigennützige oder gemeinnützige Interessen ist in

Privatgewerbe Konkurrenz zu machen,"[5]) ist damit nicht ausgeschlossen. Die hervorgehobenen Unternehmungsklassen kennzeichnen aber das Gebiet, innerhalb dessen die Aktiengesellschaft erstanden und sich entwickelt hat, und ihre wirthschaftlichen Faktoren sind es allein, welche das Substrat und die Prämissen des Aktiengesellschaftsrechts bilden.

Die Natur dieser Unternehmungen ist einigermassen komplicirt. Es sind zunächst Unternehmungen, welche ein grösseres Kapital erfordern, als solches durch Wenige überhaupt oder leicht genug zusammengebracht werden kann und die zugleich auf eine lange Dauer, meist auf Generationen berechnet sind, was wiederum zum Theil seinen Grund darin hat, dass bei der Mehrzahl z. B. bei den Bergwerken und den öffentlichen Verkehrsanstalten das fixe, fest angelegte und immobilisirte Kapital das flüssige, bewegliche überwiegt.[6]) Die Verwaltung solcher Produktionskörper erfordert nicht nur ein zahlreiches von centraler Stelle aus zu leitendes Personal, sondern auch in der Oberleitung, tüchtige technische, nicht immer aus der Zahl der Geschäftsherren zu entnehmende Kräfte, womit der Uebelstand verknüpft ist, dass das Schicksal des Unternehmens Elementen anvertraut werden muss, welchen das Interesse des Eigenthümers fehlt. Durch diese Momente wird das natürliche mit jedem Unternehmen verbundene unassekurirbare[7]) Risiko zumeist bis in das Unberechenbare erhöht, selbst wenn der betreffende Geschäftszweig so beschaffen ist, dass sich die Operationen auf sg. Routine zurückführen lassen. Dazu tritt, dass die Sicherstellung des von vorneherein gesetzten Unternehmungszweckes es erheischt, dass das Unternehmungskapital schon zu Anfang in seiner vollen veranschlagten Höhe angeschafft und bis zu Ende, und zwar losgelöst von dem Sonderwillen und den Privatschicksalen der Betheiligten, zusammengehalten wird. In der Betheiligung bei solchen Unternehmen ist daher stets der Verzicht auf die Zurückforderung

---

Deutschland nicht verbreitet. So erwähnen die in Not. 3 in Bezug genommenen statistischen Mittheilungen von hierunter fallenden Unternehmungen nicht mehr als 13 Gesellschaften für Theater, zoologische Gärten und Aquarien mit zusammen einem Aktienkapital von 1,300,000 Thaler, ferner eine Aktiengesellschaft für katholische Interessen mit einem Kapital von 16,000 Thaler, eine Gesellschaft für Gründung einer Privatschule und zwei Gesellschaften für Gründung gemeinnütziger Zwecke schlechthin mit sehr geringem Kapital. —

[5]) Umwandlung von bestehenden Geschäften in Aktiengesellschaften (sg. qualificirte Gründung). Vgl. Oechelhäuser S. 25 ff.

[6]) Vgl. Schäffle l. c. S. 63 ff. „So fallen auf 500 Mill. Gulden Kapitalvermögen (1868) des 520 Meilen langen Südbahnweges nur 30 Mill. Betriebskapital, davon 8 Mill. Materialwerth; die Donauschifffahrtsges. zeigt auf 37 ¹/₄ Mill. Gesammtkapital 32 Mill. Anlagekapital und 5 Mill. Betriebskapital."

[7]) Versicherbar sind diejenigen Verlustgefahren, welche sich ihrer Wahrscheinlichkeit nach auf Grund eines mittleren Durchschnitts berechnen lassen, im Gegensatz zu denjenigen Gefahren, welche entweder so gewöhnlich sind, dass sie unter allen Umständen eintreten müssen wie der Verlust durch Abnutzung oder welche völlig unberechenbar sind, wie der Verlust durch Krisen, Ausfuhrverbote oder in Folge der Unfähigkeit und Untreue der Verwalter, welchen der Unternehmer sein Kapital anvertrauen muss.

des dazu hergegebenen Kapitals vor der Beendigung des Unternehmens eingeschlossen. Die Mittel endlich, welche für die Ausrüstung solcher Unternehmen zur Disposition stehen, sind die noch nicht in den Geschäften des normalen Verkehrs arbeitenden Kapitalien, also die angesammelten Reichthümer, aber auch die Ersparnisse der Nation, welche sich vorwiegend in den Händen des Privatpublikums und bei der relativen Seltenheit grösserer Vermögen wiederum vorwiegend in den Händen des kleinen Kapitalisten befinden, also von Personen, welchen wegen ihrer sonstigen bürgerlichen und persönlichen Verhältnisse die Fähigkeit oder die Zeit oder die Lust abgeht, sich um den Geschäftsbetrieb persönlich zu bekümmern. Das Streben nach einer guten Kapitalsanlage, die edlere Freude, sich bei grossartigen, unter der Fahne des öffentlichen Interesses oder der Gemeinnützigkeit inscenirten Unternehmungen betheiligt zu wissen, die Lust am Wagniss oder der dem Menschen eingeborene Spieltrieb, der Optimismus oder die Eitelkeit des Menschen, die ausserordentlichen Gewinnchancen über ihren wahren Werth zu schätzen, sind als die Motive anzusehen, welche Lust zur Betheiligung wecken können. Das hohe Risiko, die Scheu um der Betheiligung willen zu einer persönlichen geschäftlichen Thätigkeit oder Verantwortlichkeit für den Ausgang des Unternehmens herangezogen zu werden, bez. als Kaufmann oder Gewerbetreibender im Sinne des Gesetzes zu gelten, sowie die Aussicht, auf unberechenbare Zeit an das Unternehmen gefesselt zu sein und sein Geld gewissermassen à fond perdu hergeben zu müssen, wirken abschreckend. Soll die Zusammenbringung grosser, unter solchen Umständen gesuchter Kapitalien gelingen, so müssen die Quellen der Unlust verstopft und die der Lust geweckt werden. Für diesen Zweck ist zunächst die Vertheilung des Kapitals und des Risikos auf die Schultern Vieler erforderlich — System der Zerlegung des Unternehmungskapitals in eine grosse Anzahl der Berechnung wegen, gleicher Theile — so dass Jeder, der einen solchen Theil — Aktie — nimmt oder zeichnet, damit Theilhaber des Unternehmens — Aktionär — wird und zwar in dem arithmetischen Verhältniss, in welchem sein Antheil zu dem ganzen Kapital steht. Die Betheiligung muss sodann auch qualitativ auf ein möglichst niedriges Mass reducirt werden, indem sie auf der Basis zugelassen wird, dass kein Participant zu irgend einem weiteren Opfer verpflichtet wird, als zur Leistung der Vermögenseinlage, welche er bei dem Unternehmen wagen will. Sodann muss der auf feste Einnahmen angewiesenen kleineren Kapitalisten wegen die Promesse der jährlichen Vertheilung des Reingewinns als „Dividende" dazutreten; so unwirthschaftlich dies auch vielfach ist und so sehr auch dadurch das organische Wachsthum und die Widerstandsfähigkeit der Unternehmer bei Krisen beeinträchtigt werden. Die Betheiligung muss endlich, und das ist der letzte Ring in der Kette der für die Kapitalsbeschaffung in Bewegung gesetzten Kräfte, so eingerichtet werden, dass sie bequem und leicht zu Gelde gemacht werden kann. — System der Veräusserlichkeit und Mobilisirung der Gesellschaftsantheile. — Die Eigner der durch diese ineinandergreifenden Vehikel zusammengebrachten Einlagen — die Aktionäre — bilden die zur Verwaltung und Fruktificirung des zusammengebrachten Fonds — Aktienkapital,

Grundkapital — berufene Association. Jede Aktiengesellschaft ist auf soviel Mitglieder berechnet, als die Zahl der Aktien beträgt, in welche das Grundkapital eingetheilt ist. Keiner der Aktionäre will um seiner Betheiligung willen zu einer Thätigkeit für den Gesellschaftszweck verpflichtet sein. Keiner kann wegen seines präsumtiv gleich grossen Interesses die Geschäftsführung und die Verwaltung als ein Vorrecht in Anspruch nehmen. Diese Prämissen bedingen für den inneren und äusseren Geschäftsbetrieb der Aktiengesellschaft dieselbe Organisation, wie solche aus gleichen Gründen allen sg. Majoritätsverbänden,[8]) d. h. allen auf eine grosse Anzahl nur mit kleinen Beiträgen betheiligten Mitglieder berechneten Associationen und dem Typus dieser Vereine [9]) der römischrechtlichen Korporation eigenthümlich ist. Das Organisationsprinzip der Aktiengesellschaft ist Theilung der Arbeit zwischen einer von der Gesammtheit gewählten Direktion (Vorstand, Vorsteher, administrateur) und zwischen der nach dem Muster der Korporationsversammlungen eingerichteten Generalversammlung der Aktionäre. Dazu tritt die Zwecksatzung [10]) oder die Summe der Selbstbeschränkungen, welchen sich der Einzelaktionär in Betreff des Gesellschaftsvermögens und der Verwaltung der Gesellschaftsangelegenheiten freiwillig in seinem eigenen Interesse unterwirft, um dadurch eine einheitliche, die Durchführung des Unternehmens und damit die Herauswirthschaftung einer Dividende ermöglichende Vereins-Verwaltung herbeizuführen. Durch die Zwecksatzung wird das Unternehmen gegen die Individualität und die Privatschicksale der

---

[8]) Reyscher, Zeitschr. für Deutsches Recht Bd. XIII, S. 387. Bekker, Zeitschr. f. d. gesammte Handelsrecht XVI, S. 72, S. 443. „Die Organisirte Gesellschaft oder die societas collegiata plurium corporum inter se distantium uno nomini ei deputato collectio, welche Baldus und Capistranus der kleinen Societät oder der Societät des normalen Verkehrs, für welche ausschliesslich die Rechtsregeln, welche in römischen Rechtsquellen an den Begriff der societas geknüpft sind, gelten, entgegensetzen" der societas ex qua oritur actio pro socio. Vgl. Endemann, Studien in der romanisch-kanonischen Wirthschafts- und Rechtslehre (Berlin 1874) S. 349.

[9]) Es gehören hierher die römischen Finanzgesellschaften (§ 2) die Collegia tenuiorum, die Begräbniss- und Sterbevereine der ärmeren Volksklassen, die insofern zwischen der Korporation und der societas standen, als, um zu verhindern, dass diese Vereine zu mächtigen, kapitalreichen Körperschaften heranwüchsen, bestimmt war, dass der Austretende nicht seinen Antheil am Vermögen zurücklassen durfte, sondern id, quo ei competit ex ratione quae communis fuit ausgezahlt erhalten müsse L. 1, § 1 de coll. et corp. (47, 22). Ferner aus der Neuzeit die Wirthschafts- und Erwerbsgenossenschaften des Reichsgesetzes vom 4. Juli 1868, die Genossenschaften des K. Sächsischen Gesetzes vom 15. Juni 1868, die Vereine des K. Bayerischen Gesetzes vom 29. April 1869, welche das negative Merkmal an sich tragen, dass sie nicht auf Erwerb oder Geschäftsbetrieb gerichtet sind; (Zeitschr. f. d. gesammte Handelsrecht XIII, S. 201 f., XIV, S. 345 f.); die Privatversicherungsanstalten auf Gegenseitigkeit, die Gewerkschaften, auch die Rhedereigesellschaften des H.G.B.

[10]) „Kein freier beweglicher Wille, sondern ein starres Gewalthaben, dass dann von Staatswegen aufrecht erhalten und geschützt wird, ein gesetzter Zweck, eine Zwecksatzung". Zwecksatzung ist der bei der Aktiengesellschaft im Gesellschaftsvertrage festgestellte Wille, dass für die ganze Zukunft des Unternehmens maassgebende Gewalthaben. Bekker, Zeitschr. für das gesammte Handelsrecht XVII, S. 383, 392.

Unternehmer sichergestellt, „von tausend Aktionären können 999 völlig verarmen, das Aktienkapital bleibt davon unberührt und löst sich nur aus Gründen auf, welche das Schicksal der Aktienunternehmung selbst betreffen“ (Schäffle). Der Einzelne wird verhindert, störend in den Gang der Geschäfte einzugreifen, oder etwas zu thun, wodurch das Gesellschaftsvermögen seine Aufgabe, zu nichts anderem, als zur Durchführung des Unternehmens und zur Deckung des in Anspruch genommenen Kredits zu dienen, abwendig gemacht werden könnte. Das Vermögen der Aktengesellschaft erhält erst hierdurch die erforderliche Selbstständigkeit und Festigkeit, die es haben muss, um trotz seiner Begrenzung als taugliche Kredit- und Operationsbasis fungiren zu können.

Die Elemente der Aktiengesellschaft sind sonach einmal das Aktienprinzip oder die Kombination des Prinzipes der absolut beschränkten Beitrags- und Haftpflicht aller Genossen mit dem System der Veräusserlichkeit und Mobilisirung der Geschäftsantheile; sodann die Qualität der Aktiengesellschaft als Majoritätsverband und drittens die Zwecksatzung. Das Aktienprinzip ist der Hebel für die Kapitalsbeschaffung, das Mittel für das Zustandekommen des Unternehmens. Das korporative Element erfüllt die Funktion der Arbeit oder der Befruchtung des Unternehmungskapitals; die Zwecksatzung schützt das Unternehmen gegen Störungen durch den Sonderwillen, indem sie die Unterordnung der Individualinteressen unter das Gemeininteresse, den Gesellschaftszweck, vermittelt.

§ 107.

2. Die Vorstufen der Aktiengesellschaft.[1] Die Bank von Genua.

Epochemachend ist die Aktiengesellschaft erst im 17. Jahrhundert aufgetreten, die Rezeption der in ihr verkörperten Rechtsgedanken hatte sich aber schon früher vollzogen, weil das Bedürfniss des Verkehrs bereits eine Reihe von Einrichtungen hervorgerufen hatte, durch welche die im römischen Recht an den Begriff der „societas“ geknüpften Rechtsgrundsätze überall da, wo die Unterschiede der Aktiengesellschaft von der römischen Societät liegen, durchbrochen waren. Man kann diese Erscheinungen unter drei Gesichtspunkte bringen, 1) das Vorkommen grösserer, korporativ und nach dem System der Veräusserlichkeit der Antheilschaft als Surrogat für den Ausschluss der Theilungsklage — organisirter erwerbsthätiger Vereine, 2) die Kommandite oder das System der Betheiligung am Gewinn von unter voller persönlicher Verantwortlichkeit eines oder mehrerer Unternehmer betriebenen Unternehmen auf der

[1]) Renaud, Das Recht der Aktiengesellschaft. Leipzig 1875. S. 1 ff. O. Gierke, Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft. Berlin 1868. S. 983 f. Fick, Begriff und Geschichte der Aktiengesellschaften in der Zeitschr. f. d. Handelsr. Bd. V, S. 1 f. Endemann, Studien S. 431 f.; Troplong, Contrat de société civile et commerciale Paris 1843. Préface p. XIV f.

Basis einer das Risiko begrenzenden Vermögenseinlage, [2]) 3) die Anpassung der Gesellschaftsantheile zu mobilen marktgängigen Werthen.

A. Zu den Vorstufen der Aktiengesellschaft nach der ersten Richtung gehören:

I. Die römischen Finanzgesellschaften „societates vectigalium publicorum vel aurifodinarum vel argenti fodinarum vel salinarum." — Die Erträge der Zölle, Bergwerke und Salinen, sowie die öffentlichen Grundabgaben, Zehnten, Hut- und Weidegelder wurden in Rom vom Staat und von den Kommunen an dem Verpächter solidarisch haftenden Konsortien von Generalpächtern „publicani" auf drei bis fünf Jahre meistbietend verpachtet. [3]) Die Ausbeutung des Pachtobjektes erfolgte entweder in gemeinschaftlicher Regie oder so, dass der gepachtete Distrikt realiter getheilt und jeder Antheil selbständig verwaltet wurde, der letztere Weg war bei den kleinen Objekten [4]) üblich, während der erstere für die grossen, oft eine oder mehrere Provinzen umfassende Pachtungen vorgezeichnet war. Es werden Gesellschaften für die Steuern von ganz Asien, Sizilien, Bytynien, Cilicien, für die Bergwerke Spaniens, für die Kreidegruben Kreta's erwähnt. Zur Bewältigung so grosser Aufgaben reichten die Kräfte des pachtenden Konsortiums in der Regel nicht aus. Die Assoziation mit fremden Elementen war nothwendig, vielleicht weniger um der erforderlichen Geldmittel wegen, als um damit das durch Sklaven nicht zu ersetzende Personal für die obern Verwaltungsstellen zu erhalten. Diese von den Publikanen mit bei der ursprünglichen Pachtung nicht betheiligten Geld- und Arbeitskräften (socii und affines) [5]) gebildeten Gesellschaften waren korporativ organisirt. Die obere Leitung der Gesellschaftsangelegenheiten, wie die Verhandlungen mit dem Staat, Kontrahirung von Anleihen u. s. w. lag in Händen der in Rom residirenden „magistri societatis". In den Provinzen residirten die „promagistri". Die eigentliche Verwaltung wurde von den an bestimmten Orten stationirten Socien

---

[2]) Rösler, Die rechtliche Natur des Vermögens der Handelsgesellschaft nach römischem Recht in der Zeitschr. f. Handelsr. IV, S. 275 f. Schmid, Archiv f. civilist. Praxis Bd. 36, S. 181 f. Renaud, S. 2 f. Troplong, Contrat Préf. p. XX f. — Ueber die Verpachtung der Steuern von Bergwerken in Griechenland vgl. Bökh, Die Staatshaushaltung der Athener (Berlin 1851) Bd. 1, S. 420 f., 451 f. und über angebliche Griechische Kolonien auf Aktien vgl. Rösler l. c. S. 298, Not. 100; die daselbst erwähnte Stelle Thucydides I. 27 handelt nur von einem Lagergeld, welche diejenigen, die sich für späterhin einen Platz in der Kolonie sichern wollten, an den Staat zahlen mussten.

[3]) Dig. XXXIX tit. IV de publicanis et vectigalibus et commissis. Cod. Lib. IV, Tit. LXI de vectigalibus et commissis.

[4]) L. 9, § 4, Dig. 39, 4. „Socii vectigalium si separatim partes administrant."

[5]) Wegen der Gegenüberstellung von affines und socii bei Livius. Hist. XLIII 16 (18): Ne quis eorum qui Qu Fulvio, A. Postumio censoribus publica vectigalia, conduxissent, ad hastam suam accederet. „Sociusve aut affines ejus conductionis" wird angenommen, dass diese „affines" stille nur mit Geldeinlagen betheiligte von der Geschäftsführung ausgeschlossene Participanten gewesen.

„stationarii“ [6]) und deren Angehörigen und Sklaven „familia publicanorum“ [7]) besorgt. Auch Versammlungen der Genossen und der von denselben bestellten Ausschüssen „decumani“ werden erwähnt. [8]) Nach Beendigung der Pachtzeit fand die Liquidation statt. [9]) Während der Pachtperiode war dagegen die Theilungsklage ausgeschlossen, und zwar sowohl im Interesse der Betheiligten als des Staates, da diese Körperschaften den damaligen Apparat für die Einziehung der öffentlichen Gefälle bildeten und ein neuer Apparat erst mit der Neuverpachtung entstand.

Es war daher weder Kündigung zulässig, noch trat die Auflösung der Gesellschaft mit dem Tode eines bei der Geschäftsführung betheiligten Genossen ein. Die Erben blieben vielmehr in einem solchem Falle nach Maassgabe des Antheils ihres Erblassers am Gewinn und Verlust des Unternehmens betheiligt „emolumenti successores“, ohne in die Stelle ihres Erblassers einzurücken, falls sie nicht hierzu von ihren Mitgenossen berufen wurden. [10]) Ob die Mitgliedschaft auch frei veräusserlich war, ob insbesondere wie man meint, [11]) mit den partes ein förmlicher Handel, wie heute mit den Aktien, getrieben worden, steht quellenmässig nicht fest. Dagegen sind diese Gesellschaften ihrer Eigenthümlichkeiten wegen [12]) in den Quellen unter die mit Korporationsrechten bewidmeten societates gestellt, [13]) wobei dahin gestellt bleiben kann, ob diese Rechtsstellung generell allen dergleichen Vereinen zukam, oder ob sie für jedem einzelnen Fall durch ein besonderes Privilegium erworben werden musste. [14])

II. Die staatlich priviligirten Handelsgesellschaften des Mittelalters standen der heutigen Aktiengesellschaft näher, als die römischen Finanzgesellschaften, weil sie nicht auf eine kurze Zeit, sondern auf eine lange Dauer berechnet waren: Schon zur Zeit der Kreuzzüge soll eine grosse religiöse Handelsgesellschaft „societas humiliorum“ bedeutende Geschäfte, unter Andern in Wollen-

---

[6]) l. 5. C. de vectig (4, 61) Rösler S. 278.

[7]) L. 1 pr. l. 12 § 1. Dig. 39, 4.

[8]) „Jtaque ille-magister societatis-multitudine sociorum remota decumanos convocat“ (Cicero II in Verrem 71).

[9]) So beklagt sich Attikus (Cicero ad. Atticum lib. 1 epist. 19, 20, lib. 2, epist. 1) über die Umstände der Einziehung der ihm bei einer solchen Liquidation zugefallenen Forderungen gegen die Stadt Sicyone.

[10]) l. 3 Cod. pro soc. (4, 37) l. 59 pr. l. 63, § 8. D. pro soc. (17, 12), vgl. über die Auslegung der letztern Stellen Rösler l. c. S. 275.

[11]) Orelli, Programm zum Züricher Univers. Katalog wegen einer Stelle bei Cicero in Vatinium c. 12: „Eripuerisne partes illo tempore carissimas partim a Caesare partim a publicanis.“

[12]) In Betreff der Haftpflicht der socii vertigalium dem Publikum gegenüber scheinen keine weiteren Besonderheiten gegolten zu haben, als eine Verschärfung der Haftung wegen der Uebergriffe bei der Beitreibung der Gefälle, vgl. l. 1, 3, 4—6 Dig. 39, 4. Troplong l. c. p. XXX.

[13]) L. 1 pr. § 1, Dig. quod cujusqu. univers. (3, 4) „quibus permissum est ad exemplum Rei publicae habere res communes, arcam communem, et actorem sive syndicum“.

[14]) Renaud, S. 5. Rösler l. c. S. 295.

weberei gemacht haben. [15]) Im Lande Meissen blühte gegen Ende des fünfzehnten Jahrhunderts eine vom Herzog Georg zu Sachsen konfirmirte, sowohl durch Grösse ihres Kapitals, als das Ansehen ihrer Mitglieder ausgezeichnete Handelsgesellschaft „de gesellschaft des zcynn-handels“ (societas stanni). [16]) Die Geschäfte führten zwei Faktoren in der Weise, dass sie Namens der Gesellschaft Kauf und Verkauf, sowie auch andere Kontrakte abschlossen, Einzahlungen zur Kasse der Societät in Empfang nahmen und die Einzahlenden in dieselben aufnahmen. Zu diesem Behuf führten sie ein Verzeichniss (matricula) der Mitglieder, in welches sie die Namen der Eintretenden nebst den Betheiligungssummen eintrugen, auch stellten sie jedem Eintretenden einen Schein (specialem recognitionem) über seine Einzahlung aus. Nach der ertheilten Konfirmation sollten alle Vierteljahre die Rechnungen und Bücher der Faktoren von den Gesellschaftern (domini societatis) geprüft und Kassenrevision gehalten werden. Zu Ende des Jahres 1497 trat zuerst Kuppener in die Gesellschaft mit einer Summe von 2000 Gulden, die er an die Faktoren zahlte. Am 1. Januar 1499 bekam er eine Gewinnrate, wie die übrigen Theil nehmer. Als die Faktoren aber im Laufe des Jahres 1499 mit einer beträchtlichen Summe durchgingen, suchten die älteren Gesellschafter Kuppener mit seinen Ansprüchen auf das Gesellschaftsvermögen zu entfernen, indem sie behaupteten, er sei nicht ordentlicherweise mittelst Konsenses aller socii in die Gesellschaft recipirt.

Im Jahre 1552 [17]) wurde vom Kaiser eine (1620 aufgelöste) „Iglauer Tuchkompagnie“ konfirmirt, zum Zweck des Ankaufs und Weiterverkaufs der von den Mitgliedern gefertigten Tuche. Der erzielte Reingewinn wurde nach den gelieferten Tuchen vertheilt. Der Zutritt war allen Iglauern Handwerksgenossen gegen Zahlung eines Legegeldes offen. [18])

Troplong (préf. 85. 86) erwähnt ein Privilegium Heinrich's IV., durch welches die Entwässerung und Urbarmachung grosser, der Krone gehörigen Flächen „en nos provinces de Poictou Bordelais, Brétagne et autres“ einem Generalunternehmer „le Sieur Bradley“ überlassen wurde, der die Kosten für eigene Rechnung und Gefahr übernahm und dafür die Hälfte der gewonnenen Ländereien und das Privilegium erhielt, eine Gesellschaft zu bilden, bei welcher „la majorité fera loi à la minorité“. Ein späteres Edikt von 1607 gestattet den Edelleuten und Geistlichen den Beitritt „permettons à tout noble et

---

[15]) Scherer, Geschichte des Welthandels. Leipzig 1852. Bd. 1, S. 293.

[16]) Muther, Chr. Kuppener, ein Beitrag zur Literargeschichte im Jahrbuch des gem. Deutschen Rechts Bd. VI (1863) S. 166 f.

[17]) Renaud, Aktiengesellschaft S. 39. Gierke, Genossenschaftsrecht I, S. 1001.

[18]) Eine ähnliche mit der Zunftverfassung zusammenhängende Anstalt ist die von Jacobi in der Zeitschr. des Kgl. Preuss. Stat. Büreaus 1864, S. 205 f. beschriebene Fabrik der Tuchmacherinnung zu Sagan vom Jahr 1816, wo durch Geldeinlagen der Innungsmeister eine gemeinschaftliche Tuchwalke errichtet war, um die von jedem Einzelnen für eigene Rechnung eingekaufte Wolle in gemeinschaftlicher Regie zu verarbeiten. Der erzielte Reingewinn ward nach der Thalersumme des von Jedem gezahlten Arbeitslohnes vertheilt.

ecclesiastique d'y entrer sans deroger". Aus diesem Edikt geht zugleich hervor, dass reiche und angesehene Theilnehmer sich gefunden, darunter „H. de Cosmans nôtre conseiller, Marc de Cosmans, les enfants de defunc Gaspard de Cosmans, F. de Laplanche et H. de Vanuffle tant pour eux que pour les autres associés".

III. Auch die Gewerkschaften des deutschen Bergrechts, sowie die Rhedereigesellschaften, sind trotz der Eigenartigkeit der Beitrags- und Haftpflicht der Gewerken und Mitrheder als Vorgänger der Aktiengesellschaft zu betrachten, weil diese beiden Vereinsformen nicht nur nach dem Prinzip der Majorität, sondern auch nach dem System der Veräusserlichkeit der Antheile konstruirt sind.[19]) Nur die Rechte der Minorität sind anders bemessen, als bei der Aktiengesellschaft[20]) und die Veräusserung der Schiffsparten[21]) und der (128) Kuxe[22]) unterliegen den Beschränkungen und Formalitäten, welche für den Erwerb von Grundeigenthum und Schiffsvermögen überhaupt gelten.

IV. Es sind auch die aus uralter Markverbindung oder aus Lokalmitbesitz stammenden Alpmark's-, Senten-, Haubergs- und Waldmark-Genossenschaften zu erwähnen, also die ländlichen Wirthschaftsverbände für die Regulirung der gemeinschaftlichen Benutzung und Verwaltung des in die Gemeinschaft fallenden Objekts: Wald, Weide, Land, von denen sich manche allmählig zu auf Miteigenthum und veräusserlichen Quotenrechten daran gebauten Privatvereinen entwickelt und eine der Aktiengesellschaft ähnliche Organisation angenommen haben.[23])

So bestehen die sog. Kapitalistenalpen der Schweiz[24]) aus den jedesmaligen Inhabern der ideellen Antheile an der Nutzung der aus dem Eigenthum der politischen Gemeinde ausgeschiedenen Alpmark unter der Leitung gewählter Vorsteher (Alpmeister). Die Antheile (Kuhhessen, Alprechte, Gräse, Stoesse) sind nach Zahl und Werth fixirt, indem durch eine genaue Schätzung der Alp nach der Menge des Vieh's, das auf ihr sommern kann, deren Gesammtwerth (gewissermaassen das Grundkapital) in ideelle Quoten getheilt ist, deren Einheit dem sommerlichen Futterbedarf einer Kuh entspricht, während der Bedarf von

---

[19]) Mittermaier, Grundsätze des gem. deutsch. Privatr. (1847) §§ 251—257, 542. Beseler, System des gem. deutsch. Privatr. (1873) §§ 204—209, 253. Gierke, Rechtsgeschichte der deutsch. Genossensch. S. 967.

[20]) Z. B. das nach einigen Seerechten vorkommende Recht der Minorität „das Schiff auf ein Geld zu setzen" d. h. im Fall der Meinungsverschiedenheit das Schiff zu einer bestimmten Geldsumme zu setzen, und von der Mehrheit die Erklärung zu fordern, ob sie dasselbe für diese Summe nehmen oder es der Minorität geben will. Vgl. Beseler, System S. 1033 u. Zeitschr. f. deutsch. Recht XVIII, N. 9.

[21]) Im Consolato del mare c. 3 werden $^1/_{16}$ u. $^1/_{32}$ Antheile an einem Schiff erwähnt, nach ital. Gewohnheitsrecht zerfällt wenigstens seit dem 17. Jahrh. jedes Schiff in 24 Theile (carato di navilio) vgl. Laband, Das Seerecht von Amalfi in d. Zeitschr. f. Handelsr. Bd. VII, S. 323, 324, 310, 312.

[22]) Die zur Ausbeutung der Salzquellen vorkommenden Pfännerschaften zerfielen in idelle Theile, Pfannen; vgl. Gierke, Geschichte der Genossensch. S. 981.

[23]) Gierke, Rechtsgesch. der Genossensch. S. 454, 610 f. 669 f., 966.

[24]) Gierke l. c. S. 611.

anderem Vieh in einer Mehrheit oder in einem Bruchtheil diese Einheitsquoten ausgedrückt wird. So gewährt bei manchen Alpen der Besitz einer Quote die Berechtigung für ein Rind, oder aber für zwei Graskälber oder für sechs Schafe, während der, welcher ein Füllen resp. ein Pferd weiden will, zwei resp. vier Antheile haben muss. Diese Antheile sind vererblich, veräusserlich, theilbar und kumulirbar. Zuweilen sind Verkäufe an Auswärtige verboten oder durch Näherrechte beschränkt, oder für die Vereinigung in Eines Hand Maxima oder für die Theilung Minima festgesetzt; auch sind bei Besitzveränderungen zuweilen Eintragungen in besondere Alpenbücher vorgeschrieben.

Eine ähnliche Bewandniss hat es mit den heut noch bestehenden, auf Kurbriefen der frühern Landesherren beruhenden „Hütten- und Hammerwerke im Lande Siegen."[25]) Die Werke selbst sind Eigenthum der Genossen und ist der Besitztitel der Grundstücke, welche einen Eisenhammer bilden, auf die einzelnen Interessenten berichtigt. Gegenstand der Gemeinschaft ist die Ausübung des Betriebsrechtes. Umfang und Ausübung dieses Betriebsrechtes sind für jedes Werk nach der ihm verliehenen Hütten- und Hammerzeit bestimmt, welche wieder an die einzelnen an jedem Werk betheiligten Interessenten nach Tagen und Stunden zur Benutzung in der festgestellten Reihenfolge vertheilt ist. Die Theilungsklage ist ausgeschlossen, dagegen die Veräusserung der Antheile gestattet.

V. Eine ähnliche Natur wie die Gewerkschaften haben auch die Mühlengenossenschaften des Mittelalters.[26])

So bestand in Köln eine uralte Genossenschaft von Altbürgern, welche sich im Gemeinbesitz einer Anzahl von Rheinmühlen befand und diese auf gemeinsamen Gewinn und Verlust betrieb. Die ideelle Hälfte an diesen Mühlen ging im 13. Jahrhundert an den Erzbischof von Köln über, die andere Hälfte zerfiel in 34 ideelle Antheile (molendina integra), deren jeder wieder in eine kleinere Quote und zwar Hälften, Viertel und Zehntel getheilt werden konnte. Für Feststellung der Besitzverhältnisse an diesen molendina und ihren partes war ein Mühlenschrein (quaternus) angelegt, in welchem die Besitzrechte des Einzelnen, sowie alle demnächst vorkommenden Vererbungen und Veräusserungen eingetragen wurden. Verkaufen sollte man seinen Antheil nur „um des Leibes Noth willen". Es kommt sowohl die Veräusserung eines molendinum seitens eines Mitgliedes an die Gesammtheit als seitens der letztern zu Gunsten der Gesellschaftskasse vor. Die oberste Verwaltung der gemeinsamen Angelegenheiten war dem Meister des aus sieben Erbgenossen zusammengesetzten Kolleg der Geschworenen anvertraut, die technische Betriebsverwaltung besondern Beamten, denen die des Multers warten.

---

[25]) Hütten- und Hammerordnung für das vormalige Fürstenthum Siegen vom 25. Januar 1830, §§ 2, 3, 56, 68. (Amtsblatt der Regierung zu Arnsberg für 1830, S. 165.) Entscheidung des O. T. Berlin vom 29. Mai 1876 Bd. 77, S. 263.

[26]) Gierke, Rechtsgeschichte I, S. 968 f. Troplong, Contrat, préf. p. 74 f. tom II, p. 440, 447.

Dergleichen Verbände sind auch in Frankreich schon im zwölften Jahrhundert verbreitet gewesen, mit Vorstehern „Bajuli" und mit durch einen öffentlichen Akt veräusserlichem Antheile „Uchaux, saches, meules, rases".

B. Die **Kommandite**[27]) hat, wo sie geherrscht hat — und dies war im Süden Europas mehr der Fall als im Norden[28]) — der sich gegen diese Betheiligungsform spröder verhalten hat, eine Hauptfunktion der Aktiengesellschaft: die Vermittelung des Zuflusses der dem Handel und der Industrie nöthigen Kapitalien im Wege der Betheiligung auf Gewinn und Verlust, erfüllt. Insbesondere[29]) sind dadurch dem Bankhandel (campsores) und dem auch nach Untergang des römischen Reiches, wenn auch im kleineren Maassstabe[30]) im Schwange gebliebenen[31]) Finanzpachtgeschäft sehr grosse Summen und zwar im Wege der heutigen stillen Gesellschaft zugeflossen. Wie stark dieser Geldzufluss selbst nach heutigen Begriffen gewesen, zeigt die Erzählung der Kronik von Florenz,[32]) „dass die Peruzzi und Bardi im vierzehnten Jahrhundert der Krone England die Summe von 1,365,000 Goldgulden vorgeliehen, eine Summe, gross genug, um ein Königreich damit zu kaufen, wovon die grössere Hälfte fremdes Geld gewesen, welches die Bankhäuser theils von Bürgern der Stadt, theils von Fremden hatten." Die Bedeutung, welche die Kommandite[33]) für die Entwicke-

[27]) Goldschmidt, Dissert. de societate ex commandite. Halle 1851. — Bekker, Zweckvermögen insbes. Peculium, Handelsvermögen und Aktiengesellschaften in d. Zeitschr. f. Handelsr. Bd. IV, S. 499 f. Dietzel, eod. Bd. II, S. 1 f. Die Kommanditen-Gesellschaft und die actio tributoria Fick eod. Bd. V, S. 29 f. — Endemann, Studien S. 347 f. 361 f., 391 f. Troplong, Contrat de société Préf. p. 54 f. tom I N. 377—443. Büsch, Darstellung der Handlung. Dritte Ausgabe von Norrmann. Hamburg 1808, Bd. I, S. 196 f., II, S. 271 f.

[28]) Büsch l. c. Bd. II, S. 272 erwähnt z. B., dass zur Zeit als er schrieb (Ende des 18. Jahrh.) die Kunstsprache der Handlung noch keine bestimmten Ausdrücke hatte, um die Theilnehmer an einer Kommandite zu unterscheiden; er proponirt deshalb nach der Analogie von Mandatar und Bodmerist die Ausdrücke „Kommanditar und Kommanditist". — Ueber die Entwickelung der Kommandite in England vgl. § 111.

[29]) Lastig, Beiträge zur Geschichte des Handelsrechts in d. Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 23, S. 151.

[30]) Ueber die Erwähnung der mittelalterlichen „societates vectigalium" bei den alten italienischen Juristen vgl. Endemann, Studien S. 348, 351, 374.

[31]) Auch in anderen Provinzen des römischen Reiches. So werden in der Lex Romana Visigothorum fremde Kaufleute transmarini erwähnt, welchen die Zölle der per Land oder per See passirenden Waaren auf drei Jahr mit den Privilegien verpachtet waren, dass die Generalpächter in Prozessen unter einander nicht von einem dem Gothenstaat angehörigen Richter, sondern von ihren eigenen Zöllnern — thelonarii — nach ihrem eigenen Recht gerichtet werden sollten. Vgl. Ueber Handel der Westgothen in d. Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 16, S. 396.

[32]) Troplong, Contrat, préf. p. 65 f. Martens, Ursprung des Wechselrechts. Göttingen 1797 S. 25.

[33]) Kommandite wird im Text als Kollektivname für alle auf einen bestimmten Geldbetrag eingeschränkten Betheiligungen am Gewinn und Verlust eines Unternehmens gebraucht, also sowohl für derartige Betheiligungen bei einem Handelsgewerbe: die Kommanditgesellschaft und die stille Gesellschaft des H.G.Bs.; die société en commandite (societas inita per viam accommanditae bei Casaregis diss. legales de commercio. Ed. II, IX 19

lung der Aktiengesellschaft gehabt hat, besteht in Dreierlei: juristisch ist damit die Kluft zwischen dem Dogma der vollen Verantwortlichkeit aller Theilnehmer eines Handelsgewerbes und dem in der Aktiengesellschaft vertretenen Systems der Befreiung Aller von jeder persönlichen Verantwortlichkeit überbrückt worden.[34]) Praktisch ist das Publikum mehr und mehr daran gewöhnt worden, sein Geld für Zwecke des Handels und der Industrie nicht blos gegen feste Zinsen, sondern auch im Wege der Betheiligung auf Gewinn und Verlust herzugeben.[35]) Durch die Berührung der Kommandite endlich mit einer anderen in Italien verbreitet gewesenen Einrichtung den „montes" ist der Keim der

---

discurs. 29 N. 24—26; die sg. Florentiner „accomandita" vgl. Endemann, Studien S. 403); die in Frankreich verbreitete Commande de bestiaux, bail à cheptel: vgl. Troplong, Contrat, préf. p. 54 tom I N. 378. — als die stille Betheiligung bei einem vereinzelten Unternehmen: die alte „commenda" (Genueser Accomende s. Endemann, Studien S. 347, 405); die alte in den Entscheidungen der Rota von Genua dec. 124 N. 27 erwähnten „implicita", der „contrat de pacotille" (Troplong, Contrat, préf. p. 56) und andere dergleichen dem älteren Seerecht eigenthümlichen Schöpfungen, wie z. B. die im Seerecht von Amalfi erwähnte „Colonna", wonach die Inhaber der Schiffstheile, die Eigenthümer der verfrachteten Waaren, dann Kapitalisten, welche sich mit einer bestimmten Geldsumme betheiligen und endlich die Seeleute, welche auf dem Schiffe dienen, für die geplante einzelne Seereise eine Societät, eingehen um den durch das Schiff und die Waaren verdienten Gewinn nach Beendigung der Seereise zu theilen, jedoch so, dass Niemand mehr als seinen Einsatz verlieren kann. Der Schiffspatron war der Geschäftsführer für die ganze Colonna, so dass er das gesammte Colonna-Vermögen durch die von ihm kontrahirten Verträge obligirt, andererseits aber persönlich für alle von ihm eingegangenen Geschäfte haftet. Vgl. Laband, Zeitschr. f. Handelsr. Bd. VII, S. 305 bis 312. — Für die Zwecke der stillen Betheiligung bei einem einzelnen Geschäft reichen die Grundsätze der römischen Societät aus, weil der Participant, wenn er sich jeder Theilnahme an der Geschäftsführung oder der Auftragsertheilung zur Abschliessung von Geschäften enthält, in kein obligatorisches Verhältniss zu den Geschäftsgläubigern tritt, also der Gefahr über seine Einlage hinaus zu haften nicht ausgesetzt ist. Das heutige Konsortialgeschäft auf dem Gebiet des Handelsrechts „associations commerciales en participation" (Code de Commerce Art. 47) „Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften" (H.G.B. Art. 266) genannt, fällt wesentlich unter diesen Gesichtspunkt.

[34]) Die Bezeichnung société en commandite war deshalb auch früher für alle im Punkt der Haftpflicht von der offenen Handelsgesellschaft abweichenden Vereinsformen üblich, „qui s'écartent de la société collective et se distinguent par des particularités et des anomalies"; Troplong, Contrat tom I N. 397.

[35]) Die Reklame für die ersten Aktienunternehmungen hat deshalb an die auch im nördlichen Europa gebrauchte Kommende angeknüpft. In der zur Empfehlung der von Gustav Adolf oktroirten Schwedischen Süder-Kompagnie in Heilbronn 1633 gedruckten Schrift (abgedruckt bei Marquardus de jure mercatorum. Frankfurt 1462, Anhang S. 446) heisst es u. A.: „das Vertrauen auf so hier geschieht ist viel sicherer und minder gefährlich als wenn man seine Güter sonst ausserhalb Landes seinen Faktoren anvertraut, es sei in Deutschland, Spanien, Frankreich, Muscovien, Türkey, denn daselbst vertraut man bisweilen ein grosses Theil oder wohl alle seine Wohlfart einem Menschen, den man nie gekannt oder gesehen, auf blosses Wort eines andern, der ihnen für einen guten Mann hält. Und solches geschieht in Zeiten noch wohl dazu, in denen Ländern da man ausser dass Faktoren Untreu oder Absterben, durch Krieg, Aufruhr, Brand, ungewisse und schlimme Schulden umb all des seinige kommen kann."

heutigen Aktie im engern Sinne, der Begriff des mobilisirten marktgängigen Gesellschaftsantheils in den Privatverkehr gesenkt worden. [36])

C. „Montes" [37]) (profani im Gegensatz zu den Leihhäusern montes pietatis) [38]) hiessen in Italien die Anleihen, welche im Mittelalter von den weltlichen und geistlichen Territorialherren unmittelbar beim Publikum im Wege der freiwilligen Subskription oder auch durch Zwangsumlagen kontrahirt wurden. Die Anleihen waren auf bestimmte öffentliche Einkünfte radizirt und wurden als Rentenkauf census behandelt. Die gesuchte Anleihe der mons wurde zum Zwecke der Unterbringung in eine Anzahl gleicher auf eine bestimmte Summe lautende Theile „loca montium" zerlegt. Scaccia beschreibt einen solchen Mons, der in Höhe von 600,000 Skudi auf gewisse Einkünfte, die jährlich 30,000 Skudi abwarfen, gesucht wurde. Der Mons — acervus pecuniae — war in 6000 loca zu 100 getheilt und nach Zeichnung und Zahlung aller loca ward vom Fürsten der Befehl gegeben, die betreffenden Einkünfte „ex gabellis Dohanae seu alio vectigale" an die emtores zu zahlen. [39]) Die Einrichtung dieser montes war verschieden. [40]) Bald war die Rente von Seiten des Erborgers kündbar oder unkündbar (montes redimibiles, non redimibiles) wie die späteren englischen Stocks, die auch redeemable oder irredeemable waren. Die Zahlung der Rente erfolgte entweder bis zur Rückzahlung des Kapitals (montes non vacabiles) oder hörte mit dem Tode des Rentenkäufers auf und zwar so, dass das Kapital alsdann dem Rentenkäufer anfiel (montes vacabiles) oder es war damit auch eine Tontine in der Art verbunden, dass die vacant werdenden Renten den überlebenden Rentenberechtigten zuwuchsen. Die Loca montium waren nicht nur gleich den anderen Renten frei vererblich und veräusserlich, sie erhielten auch, als ihre Anzahl wuchs, einen Markt- oder Kurswerth. [41]) „Unter Innocenz X. betrug das Rentenkapital 18—20 Millionen Skudi, das Clemens XIX. auf 52 Millionen vermehrte. Alexander VII. zog die vacablen Montes, die 10 Prozent Renten trugen, zum Kurs von 115 ein, die invacablen bezahlte er trotz des Kurses von 116 nur mit 100 zum Nennwerth."

Die Grundsätze von den Loca montia wurden auf die Geld-Betheiligungen angewendet, welche die italienischen Finanzpächter an Kapitalisten häufig dahin abgaben, dass ein solcher Kapitalist gegen Zahlung einer bestimmten Summe stiller Theilnehmer am Gewinn und Verlust des Unternehmens zu einer bestimmten Quote wurde. Auch diese Quoten hiessen „Loca", nur waren es nicht Schuldtitel, sondern Gesellschaftsantheile, welche gleich den loca montium leicht und bequem veräusserlich waren und damit den Anstrich von mobilen und markt-

---

[36]) Ueber die Entstehung der Aktiengesellschaft aus der Kommandite vgl. Frémery, études de droit commercial S. 54 f.

[37]) Scaccia, Tractatus de Commerciis et cambiis (zuerst Rom 1610). Ed. Frankfurt 1648 § 1 Quaest. I N. 249—256, 440 f. Endemann, Studien S. 374, 431 f.

[38]) Erwähnt bei Marquard. De jure mercat. Bd. IV, cap. IV, 31—35.

[39]) Scaccia l. c. Quaest. I N. 245.

[40]) Endemann, Studien S. 436 f.

[41]) Endemann, Studien S. 437.

gängigen Werthen erhielten. Ein solcher Fall ist ausführlich in der dec. 14. der Samml. der Entscheid. der Rota von Genua beschrieben.[42])

B. Sauli hatte unter dem Pontifikat Pauls IV. 1555—1559 von der päpstlichen Kammer in Rom die Einkünfte gewisser Distrikte „Tulphae und Vetula" auf 12 Jahre für einen Pachtzins von 28,000 Dukaten, später erhöht auf 44,000 (No. 18. 119), erpachtet und die Pachtung „appaltus" genannt, später an seinen Vater Augustinus Sauli, virtutis cessionis ei facti (No. 23) abgetreten. Herzog Horatio Farnese und Balduinus Monte a waren für 130,000 Skudi zu $^{14}/_{100}$ „ad rationem quatuor decem pro centenario" betheiligt (No. 108). Den dritten Theil dieser Betheiligung „tertia pars portionum" erwarben die Gebrüder Grimaldi „admissi sunt participes pro solidis tribus et denariis sex in solidis viginti" (No. 5. 84). Ausserdem waren noch weitere Betheiligungen ausgegeben, davon auch an einen gewissen Negronius, dessen Antheil Sauli aber zurückerwarb.

A. Sauli leitete unter dem Titel „Appaltator" das Unternehmen völlig selbstständig und kontrahirte auf seinen Namen Wechselschulden in Höhe von 348,411 Aurei, zu deren Bezahlung er sich nach erfolgter Verurtheilung unfähig erwies. N. 91, 92, 95, 96. Die Gläubiger nahmen nunmehr die Gebrüder Grimaldi und den Negronius auf das Ganze in Anspruch, indem sie namentlich ausführten, dass Sauli ihr Institor gewesen. Der Gerichtshof wies aber die Klage zurück, weil die Beklagten nach Lage der Sache weder als solidarisch haftende Handelsgesellschafter[43]) noch als Präponenten des Sauli, sondern nur als untereinander in keiner Societät[44]) stehenden stille Gesellschafter des Sauli (participes lucri et damni) zu erachten, welche nach Handelsgebrauch[45]) nicht über den Betrag ihrer Einlage „qui non ultra promisso potuerant obligari", zu haften hätten, vielmehr nur „pro summa quam ex-posuerint in societate".

D. Aus den Montes ist die erste öffentliche Aktienanstalt, die Giro- und Zettelbank von Genua, die bis 1808 bestand, hervorgegangen.[46])

Die Einkünfte, auf welche die Montes profani fundirt waren, wurden in der Regel von den Beamten des Inhabers dieser Einkünfte eingezogen, doch gab es auch montes, bei welchen den Inhabern der loca montium Kontrollrechte oder Pfandrechte eingeräumt waren.[47]) In diesem Verhältniss befanden sich

---

[42]) Rotae Genuae de mercatura et rebus ad eam pertinentibus decisiones Ed. III, 4. Frankfurt 1612.

[43]) N. 96: „si socio vel participes obligari voluisset subscripsisset: Augustinus et appaltatores vel Augustinus pro appaltatoribus vel aliquod simile nomen quod talem intentionem importaret."

[44]) N. 85: „quia se invicem ignorabant etcum solo Sauli contrahebant": nach dem Grundsatz Dec. 28 „Socius meus non est socius mei socii."

[45]) „Communis observantia et fori mercatoris indubitata consuetudo". (Dec. 39, N. 3, 10.)

[46]) Renaud, Recht der Aktiengesellschaft S. 21 f. Fick in d. Zeitschr. f. Handelsr. Bd. V, S. 40, 41. Gierke, Genossenschaftsrecht S. 991. Endemann, Studien S. 456 f.

[47]) Lastig, Beiträge in Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 24, S. 425.

die Staatsgläubiger von Genua, die zum Zweck der Ausübung der ihnen verliehenen Rechte schon im vierzehnten Jahrhundert (1345 oder 1371) zu einer Korporation Comperae S. Georgii zusammengeschlossen waren. Im Jahre 1407 erfolgte die Tilgung dieser Staatsschuld in der Weise, dass der Staat der Korporation gewisse Einkünfte, wie die der Insel Korsika überwies und ihr ausserdem das Bankmonopol[48]) gewährte. Die Staatsgläubiger wurden hiedurch zu Bankantheilshabern und ihre Rententitel die Loca montium in Bankantheile umgewandelt, welche die Bezeichnung loca comperarum S. Georgii oder loca comperarum Banchi S. Georgii civitatis Genuae führten, in 20,400 Einheiten zu 25 Skudi in ein in domo S. Georgii geführtes Buch cartularium auf den Namen der Eigner eingetragen.

Diese Bankantheile[49]) waren frei vererblich und veräusserlich, sie trugen zur Zeit als Scaccia schrieb $3^1/_2$ % jährliche Dividende[50]) und die Summe, über welche sie lauteten, war, wie dieser Schriftsteller hervorhebt, der Rückforderung entzogen „sors nunquam repeti potest". Die Comperae hafteten nicht aus den Geschäften der Bank, welche als juristische Persönlichkeit auftrat und deren Antheile (luoghi) auch von Ausländern erworben werden konnten. Der Bankvorstand war das aus der Zahl der meistbetheiligten Besitzer von mindestens 100 loca gebildete Kollegium der acht Protettori. Repräsentant der Gesammtheit war ein berathender Ausschuss (consiglio generale) von 480 Besitzern von je 10 Antheilrechten, von dem die eine Hälfte durch das Loos, die andere Hälfte durch den Ausschuss selbst mit Stimmenmehrheit auf die Dauer eines Jahres gewählt wurde.

E. Für die Geschichte der nordischen Aktiengesellschaften sind endlich noch die mit den Hanse'schen Reisegilden verwandten sog. regulirten Gesellschaften Englands von Bedeutung. Die schon im sechszehnten Jahrhundert eingegangenen Hanse'schen Gesellschaften[51]) der „England-, Flandern-, Bergen-, Schonen-, Islandfahrer" bestanden aus den Bürgern der Städte, welche nach diesen Gegenden Handel trieben. Die Mittel, um vereinigt flottenweise die Fahrt nach dem Bestimmungsort zu machen, sowie die Kosten zur Deckung

---

[48]) Die Bank von Genua soll zuerst Banknoten ausgegeben haben „cedulae bancariae" und soll auch der Staat diese Noten als gesetzliches Umlaufsmittel erklärt haben. Vgl. O. Hübner, Die Banken. Leipzig 1853. S. 9 f. Büsch, Darstell. der Handl. Bd. I, S. 23. Danach wird die Bank von Genua die älteste Zettelbank sein, denn die ältere Bank von Venedig war eine reine Girobank. Vgl. Hübner l. c. S. 9.

[49]) Scaccia, Tractatus de Comm. § 7 Glossarium III. N. 7 „hoc domo sunt 20,400 loca comperarum S. Georgii quae ad rationem scutorum 25 pro quolibet loco et unus locus redit tres vel tres cum dimidio pro quolibet centenario in fine cujusque libet anni et sors nunquam repeti potest.

[50]) Diese Dividende scheint damals aus dem Ertrage der der Bank vom Staat überlassenen Gefälle entnommen zu sein. (Endemann, Studien S. 444.)

[51]) Sartorius, Geschichte der Hansa Bd. II, S. 370 f. Wilda, Das Gildewesen im Mittelalter (Halle 1831) S. 235 f. Gierke, Rechtsgeschichte der Genoss. S. 349 f. 451, 369. Marquardus de jure mercat. lib. III c. l. N. 35 f.

der kostspieligen Einrichtungen in den Faktoreien wurden gemeinsam aufgebracht. Am Ziel der Reise angelangt, also auf den Hanse'schen Faktoreien zu Bergen, Antwerpen, Novgorod, dem Stahlhof zu London, den Vitten in Schonen, handelte Jeder unter dem Schutz der der Hansa oder dem einzelnen Kontoir bewilligten Privilegien für eigene Rechnung und Gefahr, sowie auch Jeder seinen Beitrag von Gütern zur Befrachtung der Schiffe auf seine Kosten lieferte. Aehnlich waren die englischen regulirten Kompagnien, von Direktoren geleiteten Kaufmannszünfte, in welche sich jeder aufnehmen lassen musste, welcher nach dem Lande, für dessen Handel die Kompagnie ihr Privilegium erhalten hatte, handeln wollte. Die Eintrittsgelder und die laufenden Korporationsbeiträge bildeten den von den Direktoren verwalteten und zur Deckung der Generalkosten des Handels bestimmten Fonds. Manche dieser Kompagnien, wie die alte Kaufmanns-Avantur oder die Hamburgische Kompagnie, sowie die für Russland, Esthland, Afrika und die Türkei haben noch im achtzehnten Jahrhundert bestanden. Aus der durch Patent der Königin Elisabeth vom Jahre 1600 errichteten Kompagnie für Ostindien ist schliesslich die erste Aktiengesellschaft Englands hervorgegangen.[52])

§ 108.

3. Die Systeme der Aktiengesellschaft.

Betreff der Entwickelung der Aktiengesellschaft lassen sich vier Systeme unterscheiden: das Oktroisystem, das Konzessionssystem, das System der Normativbestimmungen, das System der Publicität.

I. Die Unternehmen, bei welchen das Aktienprinzip zuerst zur Anwendung kam, traten nur vereinzelt auf; das öffentliche Interesse stand bei ihnen im Vordergrunde; sie waren auf Monopole und andere vom Staat zu gewährende Vergünstigungen angewiesen. Die Rezeption der Aktiengesellschaft auf dem Wege der Privilegiengewalt des[1]) Staates war damit provocirt. Jede Gesellschaft erhielt ihr eigenes Oktroi, — so hiess früher[2]) die über die Genehmigung einer privilegirten Handelsgesellschaft ausgestellte obrigkeitliche Urkunde — durch welches alle den Betheiligten und deren Rechtsnachfolgern verwilligten Ausnahmen von der Anwendung des allgemeinen Rechts fixirt waren. Jedes Oktroi war ein Privilegium im engeren Sinne (legislatives Privilegium, Einzelgesetz, lex specialis, Constitutio personalis), durch welches neues objektives Recht aber nur für den individuellen Fall ohne Konsequenz für andere gleiche

---

[52]) Adam Smith, Volkswohlstand Bd. IV, Buch V, Erst. Kapitel, dritt. Abschn. Erst. Artikel N. 2. (S. 54 f.). Vgl. Savary, Dict. tom V, S. 1629, woselbst das Privil. der Comp. anglaise de Moscau v. J. 1566.

[1]) Büsch, Darstellung der Handlung Bd. I, S. 236. Morstadt, Kommentar des Handelsr. Erster Band, Heidelberg 1849, S. 80, 82.

[2]) Heute bedeutet Oktroi die von der Staatsgewalt den Gemeinden zugestandene Ermächtigung gewisse Gegenstände der lokalen Konsumtion mit Abgaben zu belegen; kein legislatives Privilegium mehr, sondern ein Verwaltungsprivilegium.

Fälle geschaffen wurde. Die Aktiengesellschaft war damit als Verkehrsinstitut, aber noch nicht als Rechtsinstitut recipirt.

II. Das Oktroisystem herrschte im 17. und 18. Jahrhundert. Mehr als hundert Oktrois wurden während dieser Zeit in Europa ausgetheilt. Ihr civilistischer Bestandtheil wurde immer gleichförmiger und hierdurch vollzog sich allmählich die Einbürgerung des Prinzips der Aktiengesellschaft in das Rechtsbewusstsein der Völker. Damit war die Zeit gekommen, wo die Entwickelung des Aktiengesellschaftsrechts von dem Gewohnheitsrecht hätte in die Hand genommen werden können. Dies ist auch in einigen kleineren Territorien geschehen, wie z. B. in Dänemark und in den drei Hansestädten. In den Hauptstaaten Europa's ist die Regelung der Materie ein Reservat der Gesetzgebung geblieben. Man liess sich hierbei von den praktischen Erfolgen des Instituts leiten. Nur wenige der oktroirten Gesellschaften hatten prosperirt, viele waren unter zum Theil das ganze Land in Mitleidenschaft ziehenden und den Nationalreichthum erschütternden Umständen niedergebrochen. Die Inhaberaktie hatte sich als ein sehr bedenkliches Medium für das Börsenspiel und die Agiotage gezeigt. Andererseits war der volkswirthschaftliche Nutzen der Aktiengesellschaft an den Tag getreten. Grosse dem Lande nützliche Werke, welche sonst unterblieben wären, waren im Wege der Aktie geschaffen worden. Man hatte gesehen, dass auch das in den nicht rentirenden Aktiengesellschaften angelegte Kapital noch nicht verschwendet sei, wenn die durch die Entwerthung der Aktien deren Inhabern zugefügten privatwirthschaftlichen Nachtheile durch den allen Einzelwirthschaften oder dem gemeinen Wesen aus dem Produkt der Aktiengesellschaft zugeflossenen Nutzen überwogen würden. Die Aktie hatte sich ferner als ein probates Mittel erwiesen, in den Perioden des Geldüberflusses die Auswanderung des heimischen Kapitals nach dem Auslande zu verhindern. Die Abwägung dieser Vorzüge und Nachtheile führte dahin, dass man sich fast überall, wo die Materie gesetzlich regulirt wurde, zunächst nicht zur Freigebung der Aktiengesellschaft entschloss, sondern den Mittelweg des Konzessionssystems einschlug, indem man die Aktiengesellschaft als Vereinsform sanktionirte, dem Staat aber einen entscheidenden Einfluss für jeden konkreten Fall sicherte. Nach dem Konzessionssystem bedarf es sowohl für die Entstehung als für die Statuten jeder einzelnen Gesellschaft einer solennen, in der Regel dem Staatsoberhaupt gesetzlich übertragenen Genehmigung (landesherrliche Konzession, Autorisatio); und die konzessionirten Gesellschaften sind sodann der Staatsaufsicht unterworfen. Oktroi und Konzession sehen sich äusserlich ähnlich, sie unterscheiden sich aber wie legislatives Privilegium oder das jus statuendi vom administrativen Privilegium oder dem jus confirmandi.[3])

III. An Stelle des Konzessionssystems ist vielfach das System der Normativbestimmungen getreten. Rechtlich ist damit die Errichtung von Aktiengesell-

---

[3]) Ueber diesen in der juristischen Theorie nicht immer beachteten Unterschied zwischen Individualgebot und Individualverfügung vgl. Ihering, Der Zweck im Recht S. 331, 332.

schaften dem Privatwillen freigegeben. Die vormundschaftliche Fürsorge des Staates zeigt sich nur noch darin, dass dem Aktiengesellschaftsrecht eine Reihe der ratio utilitatis, nicht der ratio juris entstammenden Regeln beigemischt sind, durch welche gewissen, bei Gründung und Verwaltung von Aktiengesellschaften beobachteten Missbräuchen möglichst vorgebeugt werden soll. Die wichtigsten dieser Bestimmungen sind diejenigen, welche das Stadium vor der Entstehung des Rechtsverhältnisses betreffen, d. h. die besonderen Vorbedingungen, die von den Kontrahenten erfüllt sein müssen, wenn eine Gesellschaft als Aktiengesellschaft im Sinne des Gesetzes anerkannt sein will (§ 115).

IV. Das System der Publicität besteht endlich darin, dass die Anerkennung der Aktiengesellschaft rechtsgrundsätzlich an keine andere Voraussetzung geknüpft ist, als dass der Aktiengesellschaftswille gehörig bekannt gemacht wird. Arten der Publikation sind: Einschreibung des Aktiengesellschaftsvertrages in ein von einer öffentlichen Behörde geführtes, dem Publikum zur Einsicht offen stehendes Register, Deponirung des Statuts bei Gericht unter Namhaftmachung der Vertreter der Gesellschaft,[4]) Insertion in Zeitungen oder in den für die Publikation der Gesetze und der obrigkeitlichen Verordnungen bestimmten Blättern. Eine andere rechtliche Natur haben die Publikationen, welche auch in den Rechtsgebieten des Oktroisystems, des Konzessionssystems und des Systems der Normativvorschriften vorkommen und vorgeschrieben sind. Es sind entweder Normativvorschriften oder blosse Ordnungsvorschriften; während die Wirkung der Publikation der Oktrois nach den in den betreffenden Territorien für die Gesetzeskraft der legislativen Privilegien geltenden Vorschriften zu beurtheilen ist.

V. Das Konzessionssystem, die Systeme der Publicität und der Normativvorschriften haben mit einander die gemeinsame Voraussetzung, dass, wo sie herrschen, die Rezeption des Aktiengesellschaftsprincips als eines integrirenden Bestandtheiles des allgemeinen Rechts bereits stattgefunden hat. Die Staatsgenehmigung, die Bekanntmachung, die Erfüllung der Normativvorschriften sind lediglich juristische Thatsachen, durch welche die Anwendung des bereits geltenden Rechts für den individuellen Fall nur vermittelt wird. Die Herrschaft des Oktroisystems setzt dagegen ein Rechtssystem voraus, in welchem die Rezeption der anomalen Elemente der Aktiengesellschaft noch nicht stattgefunden hat.

Das Oktroisystem darf als überwunden bezeichnet werden. Die Ertheilung von legislativen Privilegien an Aktiengesellschaften kommen zwar auch heute noch vor, doch sind dies keine Oktrois im spezifischen Sinne,[5]) keine Privilegien

---

[4]) Vgl. die Hamburger Verordn. v. 28. Dezember 1835 bei Meno Pöhls, Das Recht der Aktiengesellschaft, Hamburg 1842, S. 32, 41 und die Bremer Verordnung vom 6. Dezbr. 1860 in der Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 4, S. 98.

[5]) Der zuweilen verkannte Unterschied zwischen Konzession und legislativen Privilegien ist ausdrücklich in den Handelsgesetzbüchern von Spanien Art. 294 und von Brasilien Art. 295 betont, indem daselbst vorgeschrieben ist, dass, wenn Aktiengesellschaften zu ihrem bessern Gedeihen irgend ein Privilegium bedürfen, ihre Statuten alsdann der Genehmigung des Souverains (Spanien) oder der Genehmigung der gesetzgebenden Versammlung (Brasilien) vorgelegt werden müssen.

zur Errichtung einer Aktiengesellschaft, sondern sie betreffen andere, ausserhalb des Aktiengesellschaftsrechts liegende Dinge, in Bezug auf welche die Anwendung des regelmässigen, öffentlichen oder Privatrechts für den individuellen Fall ausgeschlossen bleiben soll.[6])

Das System der Normativvorschriften ist im Deutschen Reich, in Frankreich, Belgien, den Ländern der ungarischen Krone an die Stelle des Konzessionssystems getreten. Letzteres herrscht noch in Oesterreich, Russland, Italien, Holland, Spanien, Portugal, Buynos Ayres, Türkei, sowie in denjenigen Rechtsgebieten, in welchen das französische Handelsgesetzbuch einst eingeführt worden und noch unverändert fortgilt. Die Hauptstätte des Systems der Publicität ist England.

§ 109.

4. Die oktroirten Aktiengesellschaften.[1]) Die freien deutschen Aktiengesellschaften im achtzehnten Jahrhundert.

In der Bank von Genua ist das Prinzip der Aktiengesellschaft nur zur Neubefruchtung bereits für die Produktion hergegebener Werthe angewendet worden. Der Gebrauch der Aktiengesellschaft für Zusammenbringung in der Produktion noch nicht thätigen Kapitalien zur Neubegründung von Unternehmen ist spätern Datums.

I. Durch die Entdeckung Amerikas und des Seewegs nach Indien war der Wettstreit der Seemächte um den Kolonialbesitz und die Herrschaft zur See zu Anfang des 17. Jahrhunderts heftig entbrannt. Die dem damaligen Staatswesen zur Verfügung stehenden Mittel waren zur Bewältigung dieser Aufgaben

---

[6]) Weil Octroi die allgemeine Bezeichnung für alle an Handelsgesellschaften ertheilte Rechts- oder Verwaltungs-Privilegien war, so wurden auch offene Handelsgesellschaften oder gewöhnliche Kommanditgesellschaften, denen Monopole ertheilt waren, oktroirte Gesellschaften genannt. So befindet sich z. B. in der Sammlung von Mylius N. C. C. IV, S. 481 ein preussisches Oktroi vom 20. Juni 1766, durch welche einer offenen Handelsgesellschaft nämlich 5 namentlich genannten Kaufleuten das Monopol für den Handel mit Brennholz in Berlin und Potsdam als oktroirte Brennholzkompagnie ohne das Aktiengesellschaftsprivilegium gegeben wurde. So erwähnt Troplong, Contrat préf. p. 87 einige Privilegien, welche für die Ausbeutung neuer Fabrikationsmethoden gegeben wurden: „lettres patentes October 1665 qui accordent à N. Denoyer le privilège exclusiv pour vingt ans de souffler des glaces avec la faculté de s'accocier pour cette entreprise qui bon lui semblera, noble ecclesiastique ou autres sans déroger", lettres patentes à une compagnie Thévart pour couler des glaces. 14 Sept. 1688.

[1]) Sammlung von Oktrois bei Savary, Dictionnaire de Commerce. Kopenhagen 1765, wo Bd. V. S. 1562—1693 mehr als dreissig. Martens, Gesetze und Verordnungen. Göttingen 1802. — Weskett, Theorie und Praxis der Assekuranzen, übersetzt von Engelbrecht. Lübeck 1787. Bd. I. S. 199—204. Bd. III. Anhang S. 23—88. — Versicherungsoktrois auch bei Magens, Versuch über Assekuranzen, Havarei und Bodmerei von einem Kaufmann in London. Hamburg 1753. — Französische Oktrois in dem Sammelwerk „Anciennes lois françaises par Isambert et Decrusy. Paris 1829."

nicht ausreichend, die Betheiligung der ganzen Nation war erforderlich. Zu diesem Zweck entstanden zu Anfang des 17. Jahrhunderts die grossen öffentlichen Handlungskompagnien,[2]) welche, soweit sie auf den Erwerb und die Verwaltung von Kolonien basirt waren, die Natur von politischen mit Regierungsrechten ausgestatteten Körperschaften hatten, wie namentlich die ältesten dieser Schöpfungen:

Die Holländisch-Ostindische Kompagnie vom 29. März 1602 mit einem Aktienkapital von $6^1/_2$ Millionen Gulden, die bis 1708 bestand, die 1612 mit einem, in Aktien von 50 Pfund Sterling, eingetheilten Grundkapital von 744,000 Pfund Sterling gestiftete Englisch-Ostindische Kompagnie, die schon 1600 als regulirte Gesellschaft privilegirt war und erst durch das Gesetz vom 15. Mai 1873 völlig aufgehoben worden ist,[3]) die Holländisch-Westindische Kompagnie vom Jahre 1621, bei welcher der Staat mit 1 Million Gulden unter dem Beding betheiligt war, dass der Staat von dem halben Theil dieser Million „seinen Nutzen und Gewinn gleich Andern, so ihr Geld bei dieser Gesellschaft wagen, pro rata haben solle",[4])

während nur zum monopolistischen Betrieb der auswärtigen Handels privilegirten Kompagnien mehr der Karakter der heutigen Eisenbahngesellschaften als spekulative Privatkorporationen, beizumessen sein wird, wie der durch Manifest Gustav Adolph's von Schweden vom Jahre 1626 mit einem Kapital von 400,000 Reichsthalern projektirten Süder oder Australische Kompagnie,[5]) in Betreff welcher in

---

[2]) Büsch, Darstellung der Handlung. Thl. I. S. 234 f. Adam Smith, Bd. IV Buch V Cap. I. Dritter Abschn. Erster Artikel, in der Uebersetzung von Stöpel. Berlin 1878. S. 70 f. — Heeren, Handbuch der Geschichte des Europäischen Staatensystems und seiner Kolonie. Göttingen 1822. Thl. I S. 131 f. 177 f. 254, 323. Thl. II S. 92 f. — Bachow ab Echt de orig. societ.. maj. quae. oktroirte Kompagnie. Jena 1730. 4. Pauli de jure belli societ. maj. privil. vulgo einer oktroirten Handelsges. Halle 1751.

[3]) 36 et 37 Vict. cap. 17, Zeitschr. f. Handelsr. Bd. XX. S. 98.

[4]) Ihr Oktroi ist bei Marquard, De jure mercatorum. Anhang S. 609—617 abgedruckt. In dem Eingang ist gesagt, dass, nachdem unterschiedliche reiche Kaufleute um die Erlaubniss angehalten, endlich Ihre Hochmögten solche Gesellschaft bewilligt jure Gentium zugelassen „Niemand solle Macht haben, innerhalb 24 Jahren sein Kapital aus dieser Gesellschaft zu nehmen, wie auch in dieser Zeit keine neuen Mitgenossen zugelassen werden sollen, im Fall einer Prolongation aber soll Jeder die Wahl haben, sein Geld herauszunehmen oder bei einer neuen Gesellschaft anzulegen."

[5]) Abgedruckt bei Marquard, Anhang S. 380—387 (545—552). Die ampliatio von 1633, über die Vermehrung des Aktienkapitals um weitere 400,000 Thaler S. 388—391 (552—555). Der Prospekt genannt Formular des Manifest- oder Kontraktbriefes S. 392—397. Die zum Zweck des Unternehmens von dem Brabanter Wilhelm Usselinx — der auch bei der Gründung der Holländischen Kompagnie gewirkt hatte — herrührenden Schriften (wofür demselben im Art. 33 des Oktrois eine Tantième vom Gewinn zugesichert) füllen die Seiten 398—555 aus. Der Titel dieser Schriften lautet: „Argonautica Gustaviana" und „kurzer Extract dieser Schriften gedruckt zu Heylbrunn anno 1633." Die in letzterer Schrift abgedruckte Instruktion für die Sammlung der Subskriptionen enthält (S. 543) die Vorschrift, dass hierzu von den Kanzeln aufgefordert werden soll, „es soll ein absonderliches Gebetlein zu diesem Behuf gestellt und nach den Predigten verlesen werden. — In der ampliatio ist den Subskribenten die Wahl gelassen, die gezeichnete Summe zu

dem Heilbronner Traktat vom Jahre 1633 stipulirt war, dass dem Absatz ihrer Aktien innerhalb der Territorien der paktirenden protestantischen Stände kein Hinderniss in den Weg gelegt werden solle.

Der Ausgang der zahlreichen[6]) im Laufe des 17. und 18. Jahrhunderts gebildeten Handelskompagnien war mit wenigen Ausnahmen ein unglücklicher.[7]) Viele fallirten,[8]) Anderen wurden die Oktrois nach kurzem Bestehen wieder entzogen, mit und ohne Rückkauf der Aktien durch den Staat. Fusionen, Ankäufe von alten Oktrois durch neue Gesellschaften waren namentlich in Frankreich nicht selten. Man war über die Gründe des Verfalls dieser Unternehmungen schon damals nicht im Unklaren. So heisst es z. B. aus den französischen Edikten vom Dezember 1674 und Mai 1719:

„Die den Kompagnien gestellten Aufgaben seien nur vom Staat und nicht von der Privatunternehmung zu lösen, weil sich ein Nutzen bei solchen Unternehmen erst nach längerer Zeit herausstellen kann, während die Privatinteressenten bemüht sind, so rasch als möglich einen Gewinn zur Vertheilung zu bringen. Auch das Aktienkapital sei in der Regel zu Anfang zu gering bemessen, dasselbe werde sodann durch die hohen Zinsen in nothwendigen Anleihen noch

---

1/4 oder voll zu zahlen, im letztern Falle wird eine feste Verzinsung für 3/4 der Summe verheissen" — nicht anders, als ob er sein Geld auf Interesse ausgeliehen habe. — Ueber den juristischen Karakter der Gesellschaft heisst es in der Schrift von Usselinx „Dieses Werk ist eine Privatsocietät und rechtmässige Zusammenthuung der Handelsleute, oder aller derer, so in einer solchen Gesellschaft Gewerb- und Kaufhandel mit ihrem Gelde zu treiben vermeinen, als wenn sie en particulier dergleichen Hantirung anfingen." Marquard, Anhang S. 503.

[6]) Frankreich vgl. Comp. des Iles de l'Amérique. 1615, von der Krone zurückgenommen 17. April 1664, vgl. Isambert, Collect. Bd. 16 S. 411. 540. Bd. 18 S. 32. — Comp. de Canada 1628 cedirte das Oktroi 1663 an den Staat zurück, vgl. Isambert, Collect. Bd. 17 S. 35. 37. Savary, Dict. V S. 1591. Comp. des Indes occidentales vom Mai 1664, aufgehoben durch E. vom Dez. 1674. Isambert, Coll. Bd. 18 S. 35. 37. Bd. 19 S. 152. Martens, Gesetze S. 243. Savary, Dict. V S. 1563. — Comp. de Guinea 1685. Isamb., Collect. Bd. 19 S. 483. Martens, S. 329. Comp. du Nord. 1669. Savary, Dict. V S. 1593. Comp. de S. Domingo 1698. Isamb., Coll. Bd. 20 S. 309. Bd. 21 S. 182. Savary, Dict. Bd. V S. 1594 u. s. w. Dänische Kompagnien bei Savary, Dict. t. V p. 1649—1670 für Afrika, Island u. s. w. vgl. Büsch, Darstell. d. Handl. Bd. II S. 225. 323, über die Gründung der Ostseeischen Komp. 1781 und der oktroirten Kanalkompagnien 1722, welche beide Staatsschöpfungen, schon 1784 und 1785 durch Ankauf der Aktien durch den Staat beseitigt wurden. Savary, Dict tom V erwähnt u. A. S. 1675 eine Comp. Genoise du Levant von 1664; S. 1676 eine Spanische Comp. royale des Philippines vom 26. April 1732, S. 1689, eine Comp. de Guipuscoa, S. 1685, eine Portug. afrikanische Comp. von 1724 u. s. w.

[7]) Ad. Smith l. c. S. 80. 81.

[8]) Durch E. vom Dez. 1674 wurde das Statut der Comp. des Indes occidentales von 1664 aufgehoben und die Aktien der „Particuliers" im Betrage von 1,287,125 Livres vom Staat angekauft. Das E. vom Mai 1719 sprach die Fusion der Comp. des Indes orientales vom August 1664, sowie der Comp. de la Chine mit der Law'schen Comp. d'Occident aus; vgl. Isambert Collect. Bd. 18 S. 38. Bd. 19 S. 152. 157 und S. 173. Martens, Gesetze S. 243 f.

mehr geschwächt, nicht minder durch Vertheilung von nicht verdienten Dividenden „repartitions prématurées“ und durch die hohen Präsenzgelder der Direktoren „droits de présence“.

Aber diese Gesellschaften waren dem Gemeinwesen als Pionniere für die Handels- und Kolonialpolitik des Staates von Werth. Ausserdem sind diese Kompagnien sowohl in Frankreich als in England als ein Mittel zur Hebung der Finanzen des Staates benutzt worden, eine Idee, die schon in der Bank von Genua praktisch verwerthet war, und die zu Anfang des 18. Jahrhunderts in anderer Weise wieder aufgenommen wurde. Zuerst wurde damit bei der im August 1717 Jan Law ertheilten Oktroi für die Errichtung der unter dem Namen Mississippi-Gesellschaft bekannten Kompagnie d'Occident operirt.[9]) Das Kapital dieser Gesellschaft von 100 Millionen Livres ward an den Staat gezahlt, der sich dafür zur Zahlung einer Jahresrente von vier Millionen Livres an die Gesellschaft verpflichtete. Die Gesellschaft erhielt sodann weitere Handelsmonopole, die Tabakspacht, das Münzmonopol und die Generalpacht aller öffentlichen Einkünfte, das Zettel-Bankmonopol hatte Law bereits im Mai 1716 erhalten. Er übernahm es nunmehr, so viel Aktien zu emittiren, um daraus dem Staat 1200 Millionen Livres zur Rückzahlung aller Staatsschulden zu drei Prozent Zinsen borgen zu können. Alle Mittel der Emissions- und Börsentechnik wurden zu diesem Zwecke aufgeboten.[10]) Ausgabe von Aktiendokumenten auf Inhaber[11]) „les actions sont regardées comme marchandises et en cette qualité pourraient être vendus achetées et negociés ainsi que bon semblera aux propriétaires“ — Emission von nicht vollgezahlten Inhaberaktien[12]) — Emission über pari — Einführung des Differenz- und Prämienhandels — Ankauf und Beleihung der eigenen Aktien[13]) u. s. w. So gelang es in der That im Zeit-

[9]) Isambert, Collect. Bd. 21 S. 173.

[10]) Martens, Gesetze. S. 335 f. Wirth, Geschichte der Handelskrisen. Frankfurt a. M. 1874. S. 17 f.

[11]) Savary, Dictionn. IV. S. 1104. Renaud, Aktiengesellschaft. S. 28. — Die Aktiendokumente der anderen Franz. Kompagnien scheinen bis dahin auf den Namen gestellt gewesen zu sein. Vgl. über die Verbote der Generalstaaten gegen den Zeit- und Differenzhandel mit den auf Namen gestellten Aktien der holländischen Kompagnien. Renaud, l. c. S. 26. Savary, Dictionn. t. I p. 26 und über den Aktienhandel zwischen London und Amsterdam zu Ausgang des 18. Jahrh. Büsch, Darstell. Bd. II S. 352, 347.

[12]) Bei der zweiten Emission von 50,000 Aktien à 500 Livres war nur das Agio von 10 % bei der Zeichnung zu entrichten, das Kapital selbst in 20 Monatsraten. Da die alten Aktien dadurch in Missgunst geriethen, so wurde bestimmt (20. Juni 1719), dass eine neue Aktie nur gegen Vorzeigung von vier alten gezeichnet werden können. Dadurch kamen die letzteren wieder in Aufnahme. Wirth, Handelskrisen S. 22.

[13]) Dadurch wird die Zahl der Stücke vermindert, also die Nachfrage und der Kurs erhöht, durch die Beleihung wird auch die Spekulation mit neuen Mitteln zur Fortsetzung des Börsenspiels versehen. Vgl. Wirth, Handelskrisen. S. 43. — Später wurde der Ankauf der eigenen Aktien anders als zum Zweck der Amortisation verboten (1725), dann aber wieder (1764) gestattet. Vgl. Martens, Gesetze. S. 357 f. Isambert, Collect. t. 22 p. 423.

raum von nur drei Wochen 300,000 Aktien im Nominalbetrage von 500 Livres pro Stück in verschiedenen Emissionen (schon damals Mütter, Töchter, Enkel, Urenkel genannt) und zu immer höheren Emissionskursen schliesslich 5000 Livres an die Börse zu werfen und dafür 1500 Millionen einzunehmen, die vom Publikum willig gezahlt wurden, weil der Kurs am Tage der Emmission sehr viel höher war.[14]) Am 10. Oktober 1720 schon war der Kurs, der 10 Monate vorher auf 18,000 Livres pro Stück à 500 Livres war, auf 40 Livres gefallen und bei der durch Edikt vom 13. August 1769 angeordneten Liquidation kam für die Aktionäre kaum ein Prozent heraus.[15]) Aehnlich verlief es mit der unter dem Patronat des Grossschatzmeisters von England stehenden Südseegesellschaft im Jahre 1711, die es 1720 übernommen hatte, die öffentlichen Schulden (Stocks) im Betrage von über 31 Millionen Pfund Sterling zurückzuzahlen. Im Juni 1720 standen die Südseeaktien im Nominalbetrage von 100 Pfund Sterling bis auf 1050 Pfund, am 29. September 175.[16])

Durch den unglücklichen Ausgang dieser Agiotage, die sich in den Jahren 1719 und 1720 auf der Rue Quincampoix und Change Alley, den damaligen Schauplätzen des Aktienhandels in Paris von London abspielte, wurden die Handelskompagnien auf lange Zeit misskreditirt. Das scheint sich sogar auf das Wort „Actie“ erstreckt zu haben. Denn in dem Statut der letzten Handelskompagnie, welche im 18. Jahrhundert in Frankreich oktroirt worden ist, „der neuen Indischen Kompagnie vom Jahre 1785“, ist das Wort ängstlich vermieden.[17]) Das ganze Institut wird unter den Begriff der Kommanditgesellschaft gebracht, als ob es eine Gesellschaft sei, welche aus lauter stillen Theilhabern „simples bailleurs de fonds“ bestehe. Es giebt keine Aktionäre, sondern nur „interessés en commandite“; keine Aktien, nur „portions d'interêt“.[18])

II. Die zweite Gruppe der oktroirten Aktiengesellschaften besteht aus den nach der Bank von Genua gebildeten öffentlichen Zettelbanken, wie die Bank

---

[14]) Wirth, Handelskrisen. S. 22.

[15]) Martens, Gesetze. S. 369. Isambert, Collect. tom 22, p. 423. 424. 483. tom 28, p. 63.

[16]) Wirth, Handelskrisen S. 36. 43. 65. Savary, Dictionn. t. V p. 1636 f.

[17]) Ueber das Statut dieser Gesellschaften vom 14. April 1785, in welchem auch sonst allen Missbräuchen in der Verwaltung möglichst entgegen getreten wird, vgl. Martens, Gesetze S. 367 f. 388. Isambert, Collection Bd. 28 S. 19 f. 149, 246. In Pourchet, Vocabulaire des termes de commerce, Paris 1801, ist erwähnt, dass am 21. April 1788 eine erste Dividende von 18% vertheilt worden ist. — Die Aufhebung der Gesellschaft erfolgte durch Dekret vom 17. Vendémiaire II der Republik (1793), nachdem die mit ihren Aktien getriebene Agiotage zu skandalösen Vorgängen in der Nationalversammlung Veranlassung gegeben hatte. Vgl. Thiers, Histoire de la Revol. franç. Bruxelles (1838) t. II p. 219 f. 332 f.

[18]) In Betreff des Gesellschaftsvermögens wurde im Art. XXI betont, dass es nicht für die Privatschulden der Mitglieder hafte, sondern nur für die Gesellschaftsschulden, „affecté et hypotequé par privilège special à tous les engagements contractées par la compagnie.“

von England[19]) durch Freibrief vom 27. Juli 1694 unter dem Namen „der Gouverneur und Kompagnie der Bank von England" mit einem in 10 Tagen subskribirten Aktienkapital von 2,200,000 Pfund; die Assignations-, Wechsel- und Leihbank in Kopenhagen vom Jahre 1737 mit einem Kapital von 500,000 Thaler Dänisch Kurrant in 1000 Aktien, jede zu 500 Thalern, später (1757) mit einem Grundkapital von 3 Millionen Thaler,

die auf dem Gesetz vom 26. Februar 1800 beruhende Bank von Frankreich, mit einem ursprünglichen Kapital von 30 Millionen Francs in Namenaktien zu Tausend, die in ein Register eingetragen sind und zu deren Veräusserung die persönliche Erklärung der eingetragenen Eigenthümer gehört; die Verwaltung der Bank war in die Hände von 15 Regenten gelegt, unter der Ueberwachung von 3 Censoren; die Generalversammlung besteht aus 200 der Meistbetheiligten, von denen keiner mehr als vier Stimmen führen darf, fünf Aktien geben je eine Stimme, die Generalversammlung vertritt die Gesammtheit (Universalité) der Aktionäre, die im Artikel 3 als „simples bailleurs de fonds" bezeichnet werden, während das Etablissement als „Corps moral" bezeichnet ist, dessen beim Handelstribunal in Paris einregistrirte Statuten nach Art. 26 unter den Aktionären die Kraft eines Gesellschaftsvertrages „Acte d'union", dem Publikum gegenüber aber Gesetzeskraft haben sollen „formeront loi entre l'établissement et le public." [20])

III. Die dritte Gruppe bilden die gleichfalls ihren Ursprung in England und Frankreich habenden, zur Ausbeutung des Assekuranzmonopols oktroirten Assekuranzkompagnien, wie

die Compagnie generale pour les assurances et grosses aventures de France en la ville de Paris aus dem Edikt vom Mai 1686 mit einem Fonds von 300,000 Livres eingetheilt in 75 Aktien zu 4000, die für Mobilien erklärt sind „les actions sont reputées mobilières"

und deren Kurs alljährlich durch die Gesellschaft, der auch ein Vorkaufsrecht zustand, festgesetzt wurde. „Le dit janvier la société ferera le prix des actions et cette évaluation servira de taux pour les mettre en commerce à la vente de quelles (qui ne pourra être faite à plus haut prix) la compagniè sera préférée.[21])

---

[19]) Tellkampf, Die Prinzipien des Geld- und Bankwesens. Berlin 1867. S. 115 f. — Macaulay, Geschichte von England, übers. von Bülau. Berlin 1856. Bd. 9, S. 284 f.

[20]) Abgedr. bei Martens, Gesetze u. Verordn. S. 450 f. — Ueber ihre Vorgänger: die Banque générale aus dem „au Sieur Law et sa compagnie ertheilten Privil. v. Mai 1716 und die Caisse d'Escompte 1767 bis 1793, vgl. Isambert, Collection tom XXI S, 100. 167. Troplong, Contr. tom I p. 372. Hübner, Banken S. 14, 22.

[21]) Im Auszug mitgetheilt bei Troplong, Contr. tom I, S. 373 f. — Die Chambre des assurances et grosses aventures von 1668/1691 war eine regulirte Gesellschaft, eine Gilde der Assekuradeurs, deren Mitgliedern das Monopol zu versichern ertheilt war. Ein Jeder zeichnete für eigene Rechnung und wer versichern lassen wollte, hatte die Freiheit sich denjenigen Assekurateur zu wählen, der ihm gefiel; vgl. Weskett, Bd. III S. 40, der auch erwähnt, dass die Kompagnie von 1686 bald einging. — 1750 wurde ein

Die ältesten englischen Prämienassekuranz-Kompagnien[22]) sind die im Jahre 1720 von den Lords Onslow und Chitwynd gestiftete Königliche Börsenassekuranz mit 4500 Aktien, jede von 100 Pfund, und die London Assecuranz mit 36,000 Aktien, jede von $12^1/_2$ Pfund, deren Monopol „Mit Ausschluss" aller andern Korporationen und Gesellschaften, Schiffe und Güter zu versichern und Geld auf Bodtmerei auszuleihen", erst im Jahre 1824 aufgehoben wurde.[23]) In den diesen Kompagnien von der Krone und dem Parlament ertheilten Korporationsbriefen heisst es in Betreff der Aktien, „die Theile oder Aktien in dem Kapitalvermögen sind ein bewegliches und nicht für ein unbewegliches Gut (a personal and not a real estate) und im Fall ein Mitglied sich weigern sollte, seinen Theil zu der in der Zeitung und auf der Börse bekannt gemachten Zeit zu bezahlen, so soll die Korporation nicht nur dem einen solchen Gliede zu bezahlen habenden Dividend an sich zu halten, sondern auch den Uebertrag der Aktien verhindern und ihm acht Prozent jährliche Zinsen berechnen und im Fall Kapital und Zinsen dreimal unbezahlt bleiben, mögen die Korporationen oder das Direktorium Jemanden bevollmächtigen, soviel von dem Kapital eines solchen Widerspenstigen zu verkaufen, als zur Befriedigung der Forderung hinreichend ist; und soll das so eingeforderte Geld zu dem Kapital gerechnet werden, jedoch können auch eingezogene Gelder durch eine allgemeine Versammlung unter die derzeitigen Mitglieder vertheilt werden, dadurch denn die Theile an dem Kapital soviel kleiner werden."

Die durch Oktroi vom $\frac{\text{20. April 1726}}{\text{1. Juli 1746}}$ errichtete Kopenhagen'sche Assekuranz-Kompagnie.[24]) In dem Nachtragsoktroi von 1746 befindet sich eine die juristische Natur des Gesellschaftsvermögens kennzeichnende eigenthümliche Bestimmung; es wird daselbst das Gesellschaftsvermögen, „die Gelder, die für eine der Interessenten Rechnung in der Kompagniekasse befindlich sein möchten, sowie die Verschreibung, welche die Kompagnieinteressenten einander unter sich ausgestellt haben", für ein gemeines Gut erklärt, welches für keinen andern Gebrauch, als wozu es bestimmt ist, angewendet werden dürfe, weshalb es auch jedem Arrest- und Exekutionsrecht der Privatgläubiger des Interessenten entzogen sein soll. Eine Ausnahme wird nach letzterer Richtung jedoch für die fiskalischen Ansprüche gemacht. „Sollte uns einer der Theilnehmer etwas schuldig sein oder werden, so wollen Wir Allergnädigst Uns kein Vorzugsrecht vor der Assekuranzkompagnie vorbehalten, sondern wir sind zufrieden, dass,

---

neues Assekuranz-Monopol an die Comp. d'Assurances générales établie de Paris mit 1500 Inhaberaktien à 3000 Livres ertheilt; vgl. Savary, Dict. t. V S. 1697 f., 1707; Weskett, Bd. III, S. 46, I S. 122 f.

[22]) Weskett, Bd. I, S. 199 f. 203 f.

[23]) W. Bennecke, System des Seeassekuranzwesens von Nolte. Hamburg 1851, S. 118.

[24]) Weskett, Bd. III, S. 42 f. Magens, S. 688 f., 958 f. — Daselbst auch S. 973, Wortlaut der Pfandverschreibung der Interessenten über den nicht eingezahlten Theil der Zeichnung.

nachdem wir unsere Ansprüche der Kompagnie angemeldet haben, unser Schuldner alsdann nicht ferner in den nach solcher Kommunikation zuschliessenden Assekuranzen interessiren noch auch etwas an ihnen ausgezahlt werden möge, sondern dass desselben an die Kompagnie ausgestellte Versicherung und Inkassa habenden Gelder in der Kompagnie verwahret bleiben, bis alle Assekuranzen die vor der Schuld gezeichnet werden, womit er uns verhaftet ist, bei der Kompagnie angegeben, gehörig vollthan und vergnüget sind und was alsdann zu seiner Versicherung sammt der für seine Rechnung Inkassa befindlichen Mittel überschiesst, wird von der Kompagnie, auf Abschlag dessen was er uns schuldig ist, ausgeliefert. [25])

Nach diesen Mustern sind namentlich auch die seit der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts in Deutschland und anderen Staaten zahlreich entstandenen Assekuranz-Unternehmen auf Aktien gebildet worden und zwar mit und ohne Monopol. Mit der Vermehrung der Konkurrenz tritt das Bestreben hervor, dem Publikum eine grössere Bürgschaft zu geben, als das im Verhältniss zu den versieherten Risiken in der Regel geringe Aktienkapital zu bieten vermag. Einige Gesellschaften gingen soweit, dass die Mitglieder eine eventuelle solidarische Haftung mit ihrem ganzen Vermögen übernahmen; [26]) andere versprachen, dass das ursprüngliche Aktienkapital stets voll erhalten bleiben solle, [27]) dass also im Falle der Verminderung desselben jeder Aktionär pro rata nachschiessen werde.

Manchen war in dem Oktroi die Verpflichtung auferlegt, dass die Mitaktionäre für eine etwaige Insolvenz eines der Genossen haften müssen, [28]) wiederum andere erkannten wenigstens ihre Verpflichtung an zur Deckung der Schulden

---

[25]) Dasselbe ist in dem Oktroi der Süderkompagnie von 1626 Art. 13 zu Gunsten der Ansprüche der Gesellschaft an ihre Verwalter oder Participanten bestimmt. „Die Gelder, so bei der Kompagnie eingelegt, sollen dafür haften bleiben und soll also gehalten werden, gleichsam die eingelegten Gelder von Anfang an, durch Gegenrechnung wären annullirt worden.“ Vgl. § 123.

[26]) Art. 33 der neuen Triester Gesellschaft von 1779: „Die Aktionisten setzen ausser der besonderen Sicherheit (1000 Aktien à 500 Gulden) alle ihre beweglichen und unbeweglichen Güter zum Unterpfande, begeben sich aller Rechtswohlthaten und Privilegien und unterwerfen sich dem Ausspruch des Handelsgerichts.“

[27]) Z. B. die franz. Compagnie von 1686 „ni les directeurs signateurs ni les associés ne seront contraints solidairement au dela des 300,000 livres formant le fonds social. Si ce fonds ne suffisait pas ils ne seront obligés et contraints que au sol la livre et à proportion de l'interêt qu'ils auront pris dans la société“ vgl. Troplong Contr. tom I S. 374; auch die zweite (freie Bremer Kompagnie 1780. „Wenn aber wider Verhoffen an diesen belegten Geldern ein Verlust entstehen möchte, so muss solcher von den Interessenten à rata ihres Antheils gleich wieder herbeigeschafft werden, damit dieses pfändliche Depositium immer zum vollen erhalten bleibe.“ Weskett Bd. III, Anh. S. 63 und die erste Triester Kompagnie 1767 vgl. Büsch, Darstell. der Handl. Bd. II, S. 333.

[28]) „Keiner haftet für mehr als seine gezeichnete Summe. Sollten indessen Aktionisten schlecht werden, so haften zwar die übrigen in solidum für dieselben, allein nur insofern als bei ereignendem Schaden ihre angezeichneten Summen zur Bezahlung nicht hinreichend sein werden.“ (Preuss. Oktroi von 1765, vgl. Not. 44.)

der Gesellschaft, die gezogenen Dividenden mit oder ohne Zinsen herauszugeben.[29])

IV. Die Anzahl der für andere Zwecke oktroirten Aktiengesellschaften scheint nicht beträchtlich gewesen zu sein. Adam Smith[30]) erwähnt Kanalkompagnien, ferner eine englische Kupfergesellschaft in London, eine Bleischmelz- und Glasschleif-Gesellschaft, sowie eine britische Leinwandgesellschaft in Edinburg. Im Mai 1612 wurde die New-River-Company, die gegenwärtig noch den grössten Theil Londons mit Wasser versorgt, durch die Unterstützung König Jakob I., der sich dafür die Hälfte der ausgegebenen Aktien ausbedang (sog. Königsaktien) ermöglicht.[31])

Im Jahre 1723 wurde in Frankreich eine Kompagnie zur Ausbeutung der Minen Frankreichs oktroirt.[32]) In dem Dekret der Nationalversammlung vom 27. August 1792 ist eine Compagnie des eaux de Paris genannt.[33])

V. In Deutschland ist das Bedürfniss nach Aktiengesellschaften später als in England und Frankreich aufgetreten. Als dem Hansabund 1627 von dem deutschen Kaiser der Vorschlag zur Förderung einer privilegirten Handelsgesellschaft mit dem Monopol des spanisch-indischen Waarenhandels im Norden als Konkurrenz gegen die Niederländischen Kompagnien gemacht wurde, lehnte man diesen Vorschlag ab;[34]) „nach der bei ihnen üblichen Handelsart versuche ein Jeder sein Glück für sich und es sei unerhört, mit einem zusammengeschossenen Fonds unter Aufsicht und Leitung einer Direktion Handel zu treiben.“ Als im Jahre 1720 einige Personen die Errichtung einer Assekuranzanstalt in Hamburg beantragen, wurde doch das Projekt verboten, „so scheinbar vortheilhaft auch das Unternehmen von den Projektanten geschildert, so ist abseiten des Magistrats doch nicht von der Seite angesehen, sondern für einen Vorwand gehalten, den damals im Schwange gehenden Aktienhandel zu befördern.“[35]) Erst als die Sache von den angesehensten Mitgliedern der hamburgischen Börse wieder ernstlich in Angriff genommen ward, wurde die Errichtung von Assekuranzkompagnien zuerst in Hamburg (1765), dann auch in Bremen (1767), und in Lübeck 1768 stillschweigend gestattet. Auf diese Weise ist Deutschland schon früh zu freien nach dem Muster der ausländischen

---

[29]) Büsch, Darstellung der Handlung Bd. II, S. 332, 334, „die Verpflichtung, das Dividend nöthigenfalls wieder auszukehren, haftet auf der Aktie, die Aktie wird, wie man spricht, mit Schuld und Unschuld verkauft. Assekuranzen und Aktienhandel sind aber Geschäfte, bei welchen man gewohnt ist, so viel auf den Zufall ankommen zu lassen, dass man der Aengstlichkeit wegen der Umstände nicht gern Raum giebt.“

[30]) Volkswohlst. Bd. IV, S. 83, 84; Say, Staatswirthschaft Bd. II, S. 387 f.

[31]) Nach der Vossischen Zeitung vom 3. Dezbr. 1879 war der Preis, der für diese Aktien 1879 erzielt worden: 95250 Pfund für die (von der Theilnahme an der Verwaltung ausgeschlossene) sg. Königsaktien und 98250 Pfund für die Unternehmeraktien.

[32]) Isambert, Collektion XXI, S. 204.

[33]) Collection générale des Lois du Pouvoir exécutif. Paris. XII, S. 276.

[34]) Marquard, De jure mercat. lib. IV, Cap. VII, N. 56—59. Sartorius, Geschichte der Hansa Bd. III, S. 80, 465.

[35]) Weskett Bd. III, Anh. S. 52.

Oktrois gebildeten Aktiengesellschaften gekommen. Im Jahre 1806 soll es dreiunddreissig solcher Vereine mit 7581 Aktien in den drei Hansestädten gegeben [36]) haben.

Die Anzahl der in Deutschland während des 17. und 18. Jahrhunderts oktroirten Aktiengesellschaften war nicht erheblich. An Oktrois der Krone Oesterreich werden erwähnt:

Die Orientalische Gesellschaft in Wien 1719 mit Aktien zu 1000 Gulden.[37]) Die Oesterreich-Flandrische Assekuranzkompagnie zu Ostende 1782.[38]) Die alte Triester Assekuranzkompagnie von 1766 und die Kaufmännische Seeassekuranzkompagnie in Triest von 1779.[39])

Zahlreicher sind die Oktrois der Krone Preussen:

Edikt Friedrich Wilhelms I. vom 7./17. März 1682 wegen Oktroirung „der aufzurichtenden Handelskompagnie auf denen Küsten von Guinea". „Einem Jeden soll freistehen mit nicht weniger als 200 Thaler bei unserem Directeur General de Marine Benjamin Raule an dem Gewinn pro rata zu participiren; diejenigen so unter 1000 Thaler; können aber nicht bei den Zusammenkünften so propter administrationem angestellt werden, erscheinen, das Ihrige soll aber dennoch ausgezahlt werden. Das Kapital dieser Kompagnie soll jährlich soviel vergrössert werden, als die Kasse leiden will, jedoch alsò dass dennoch allemal den Participenten einiger Gewinn oder Interesse so viel als es sein kann ausgezahlt werde".[40])

Patent vom 14. Oktober 1772 [41]) wegen Errichtung der Seehandlungsgesellschaft zum Betriebe des auswärtigen Handels mit einem Monopol für den Salz- und Wachshandel, mit einem in 2400 Aktien zu 500 Thaler getheilten Kapital, wovon der Monarch 1,050,000 Thaler nahm; im Jahre 1808 in das heutige Staatsinstitut der K. Seehandlung verwandelt.[42])

K. Edikt vom 14. Oktober 1772 wegen Errichtung einer Handels-

---

[36]) Busch, Darstellung der Handl. Bd. II, S. 497.

[37]) Savary, Dictionn. t. V S. 1685.

[38]) Savary, Dictionn. t. V S. 1686. Weskett Bd. III, Anh. S. 79 f.

[39]) Weskett, Bd. III, Anh. 78 f., 77 f.

[40]) Mylius, Corpus Constitutionum Marchicarum oder K. Preuss. in der Kur- und Mark Brandenburg, auch inkorporirten Landen publizirt und ergangenen Ordnungen Edikte, Mandate, Reskripte von Zeiten Friedrichs, Kurfürsten zu Brandenburg bis Annum 1736 (kurz citirt Mylius C. C. M.) Bd. VI S. 555.

[41]) Novus Corpus Constitutionum Prussico-Brandenburgensium praecipae Marchicarum 1751—1806 (kurz citirt N. C. C.) Bd. V S. 513 f. Declarat. v. 24. Dez. 1772, eod. Bd. V, S. 752. — Auffassung der Aktien als Waare und als Umlaufsmittel, welche „den Platz des baaren Geldes vertreten um solcher Gestalt die Operationen und Vortheile der Handelnden zu verdoppeln"; zu diesem Zweck sind aber 10 % jährlich garantirt und die Aktien für voll beleihungsfähig erklärt.

[42]) v. Rönne, Preuss. Staatsrecht. Leipzig 1864, Bd. II, Erster Abschn. S. 85. Mirus, Die Preuss. Handelsgesetzgeb. Berlin, 1838, S. 265 f. — Durch E. v. 29. Okt. 1810 (G.S. S. 30) sind die Seehandlungsaktien „um der Agiotage zu steuern" in 4prozentige Staatspapiere konsolidirt worden.

gesellschaft zum Debit des Seehandels im Königreich Preussen mit einem Fonds aus 500 Aktien, jede zu 1000 Thaler.[43])

Oktroi vom 31. Januar 1765 für die K. Assekuranzkompagnie mit einem Monopol auf 30 Jahre, so dass während dieser Zeit keine Assekuranzkompagnie in den Königlichen Provinzen errichtet werden soll, mit einem Fond von einer Million Thaler und 4000 Aktien zu 250 Friedrichsdor.[44])

Oktroi für eine zu Emden zu errichtende Kompagnie zum Heringsfange vom 4. August 1769. Ein Aktienkapital ist nicht fixirt; der Direktion ist es gestattet den Fond der Sozietät zu vermehren, sowie es der Nutzen der Gesellschaft erfordern dürfte. „Falls Wiederverhoffen die Kompagnie nicht würde bestehen können, so soll es den Interessenten frei stehen, die Sozietät jeder Zeit wiederum zu verlassen".[45])

Edikt wegen völliger Uebernehmung und Versicherung des Ersatzes sämmtlicher Interessenten der Generaltabakspacht vom 11. Juli 1766, betreffend das Oktroi welches der Generalpachter Ribaud 1765 erhalten, der dasselbe an inländische Participanten abgetreten, die unter sich eine Sozietät auf Aktien errichtet hatten.[46])

Landesherrliche Erlaubniss für die Getreidehandlungskompagnie auf der Elbe vom 5. Februar 1770 und für eine dergleichen Kompagnie auf der Oder vom 5. Februar 1770;[47]) der Handlungsfond beider Kompagnien ist auf je 200,000 Thaler fixirt in Aktien zu 200 Thaler. Der Adel soll bei der Zeichnung der Aktien den Vorzug haben, auch ist es um dem adligen Grundbesitz die Betheiligung zu erleichtern, dem Theilnehmer nachgelassen, anstatt baaren Geldes sein gewonnenes Getreide der Kompagnie zu dem jedesmaligen Preise anzugeben und sich solcher Gestalt bei der Kompagnie zu interessiren.[48])

Die Entwicklung, welche das Aktiengesellschaftsrecht nach Niedergang des Oktroisystems genommen hat, ist keine gleichförmige gewesen. Deutschland hat hierbei die Erfahrungen von England und Frankreich verwerthet. Es ist daher zunächst der Entwicklungsgang der Materie in diesen beiden Ländern zu betrachten.

---

[43]) N. C. C. Bd. V, S. 532 f.

[44]) N. C. C. Bd. III, S. 575 f. Daselbst auch die Decl. v. 22. Juli 1765, durch welche den Aktienverschreibungen der Interessenten Wechselkraft beigelegt wird — ein System, welches auch von den neueren Assek.-Ges. befolgt wird.

[45]) N. C. C. Bd. IV, S. 6199 f.

[46]) N. C. C. Bd. IV, S. 499, 995.

[47]) N. C. C. Bd. IV, S. 6647, 6654.

[48]) In der Allgemeinen Gerichtsordnung für die Preuss. Staaten von 1793 sind nur noch die Aktien der Seehandlungs-Assekuranz- und der Emden'schen Heringfischerei-Gesellschaft wegen der Mortifizirung und der Arrestexemtionen erwähnt. Vgl. Theil I, Tit. 51, § 141, Tit. 29, § 19.

§ 110.

5. Die Aktiengesellschaft in Frankreich.

Durch Dekret vom 26. Germinal II der Republik (1793)[1]) wurden die wenigen noch bestehenden oktroirten Aktiengesellschaften als Heerde der gefürchteten Agiotage aufgehoben und die Bildung neuer für alle Zukunft verboten. „Les compagnies financières sont et demeurent supprimées. Il est defendu de former aucun établissement de ce genre sous aucun proteste et sous quelque determination que ce soit". Dieses Verbot wurde unter dem Direktorium und durch das „Gesetz vom 30. Brumaire IV (1796)[2]) aufgehoben, „weil es nothwendig sei, dem Handel die zur Entwicklung der Hülfsquellen Frankreichs erforderliche Freiheit der Bewegung wiederzugeben". In der Zwischenzeit bis zur Gesetzeskraft des Code de Commerce, 1. Januar 1808, entstanden neben einigen von der Regierung konzessionirten[3]) Handelskompagnien, freie Aktiengesellschaften, die zu manchen Klagen Veranlassung gaben.[4]) Die Redaktoren des Code de Commerce entschieden sich nach Abwägung der Vortheile und Nachtheile der Aktiengesellschaft für die Beseitigung des vorgefundenen Zustandes der Freiheit der Aktiengesellschaft und für die Annahme des Konzessionssystems.[5]) Die Aktiengesellschaft wurde unter der Bezeichnung „Société anonyme" als eine den Handelsgesellschaften des normalen Verkehrs — der offenen Handelsgesellschaft und der gewöhnlichen Kommanditgesellschaft — koordinirte Vereinsform für den Betrieb von Handelsgewerben recipirt, ihre Anerkennung aber in jedem einzelnen Falle von der Genehmigung (Autorisation) des Staatsoberhauptes und einer Approbation der Statuten abhängig gemacht. Das Gesetz beschränkt sich auf wenige die Grundzüge des Rechtsverhältnisses scharf markirende Bestimmungen; Art. 29—36, indem es das Detail der Statuten, die sog. naturalia negotii der Regelung im Wege von Verwaltungsreglements[6]) überlässt.

---

[1]) Collection Générale des lois du Pouvoir exécutif. Paris. tom 17 p. 711.

[2]) Lois du Directoire exécutif. Paris tom. I, p. 16.

[3]) z. B. eine Comp. d'Afrique durch Gesetz vom 17 Floruał X (1802), an Stelle der alten schon 1791 aufgehobenen oktroirten Kompagnie. „Les Consuls feront avec les actionnaires de la neuve compagnie les stipulations et conditions ainsi que les règlements nécessaires."

[4]) Die dem Code de commerce in dieser Materie durch Dekr. 16/1 1808 beigelegte rückwirkende Kraft zwang diese Kompagnien sich aufzulösen oder aber den Vorschriften des Code Genüge zu leisten, was einige thaten und die Staatsgenehmigung erhielten, wie z. B. die Messagerie von Paris (Dekr. v. 27. Okt. 1808), eine Steinkohlenmine (Dekr. v. 3. Aug. 1808), zwei Giessereien (Dekr. v. 27. Okt. 1808), eine Holzsägemühle (Dekr. v. 30. Juli 1808). Vgl. Bulletin des lois pro 1808.

[5]) Locré, Esprit du Code de Commerce. t. I, S. 155 f. Bravard-Veyrières, Traité du droit commercial. Paris 1862 t. I, p. 331.

[6]) Instruktion v. 17. Jan. 1808 u. v. 22. Okt. 1817; vgl. Locré, Esprit t. I, p. 166. Pardessus, Cours de droit commerc. Brüssel 1833, t. II, p. 177. Bravard-Veyrières I, S. 331.

Um dem Unternehmungsgeist und der Spekulation ein Ventil zu öffnen, wurde trotz aller bei der Berathung hervortretenden Bedenken die Kommanditgesellschaft auf Aktien [7]) als eine keiner Staatsgenehmigung bedürfende Assoziationsform sanktionirt. Nachdem die Kontroverse, ob der Kommanditgesellschaft auch Inhaberaktien gestattet seien, durch die Praxis (1832) bejahend entschieden [8]) war, traten die befürchteten Missbräuche so schreiend ein, dass die Gesetzgebung zu einem energischen Einschreiten veranlasst war.[9]) Das Gesetz vom 23. Juli 1856 [10]) erging. Die Kommanditgesellschaft auf Aktien wurde zwar nicht unterdrückt, aber strengen Normativvorschriften unterworfen: 1. Die Gesellschaft ist erst konstituirt, wenn die Zeichnung des ganzen Kapitals und der baaren Einzahlung des Viertheils durch eine notarielle Erklärung des Geranten nachgewiesen ist. Wenn ein Theilnehmer eine nicht in Geld bestehende Einlage (Apports) macht oder sich besondere Vortheile stipulirt, so muss dies in zwei Generalversammlungen genehmigt werden. 2. Der Minimal-Nominalbetrag der Aktien ist auf 500 Francs und wenn das Kapital bloss 200,000 Francs beträgt, auf 100 Francs normirt. Die Aktien sind erst „negociables", wenn zwei Fünftel darauf eingezahlt sind, die ursprünglichen Zeichner bleiben auch im Fall der Veräusserung verhaftet, und können nicht von dieser Verpflichtung liberirt werden. Nur volleingezahlte Inhaberaktien sind gestattet. 3. Unmittelbar nach der definitiven Konstituirung und vor Anfang der Geschäfte muss von der Generalversammlung ein Verwaltungsrath von fünf Aktionären gewählt werden, welche solidarisch mit dem Geranten für alle Unregelmässigkeiten, wie Vertheilung von trügerischen Dividenden und Aufstellung unrichtiger Bilanzen haftet. 4. Zuwiderhandlungen wider die für die Konstituirung der vorausgegebenen Normativvorschriften werden mit der Nullität des Vertrages, ausserdem mit Geldbusse bis 10,000 Francs und Gefängnissstrafen bis zu 6 Monaten für gewisse Verstösse angedroht. — Die Wirkung dieses Gesetzes war eine durchgreifende; [11]) das Kapital der Kommanditgesellschaften soll im Geschäftsjahr 1. Juli 185$^6/_7$ um 1300 Millionen Francs vermindert worden sein und 1861/62 nur 70 Millionen betragen haben. Dieser Effekt entsprach jedoch

---

[7]) Deshalb weil das Aktienprinzip weiter als die Aktiengesellschaft reiche, wurde auch die vom Entwurf v. 4. Dezbr. 1801 gewählte Bezeichnung société par actions verworfen und die Aktiengesellschaft statt dessen société anonyme genannt, indem man das ihr Karakteristische darin fand „de ne porter le nom d'aucun des associés et de ne pas exister sous une raison sociale" vgl. Locré, Esprit t. I p. 149. — Vordem wurden die Participationsgesellschaften die associations commerciales en participation des Code d. c. Art. 47 „anonyme" Sozietäten genannt, vgl. Code Marchand v. J. 1673 u. Potièr, Traité de Société. Paris 1807.

[8]) Troplong, Contrat t. I p. 161 f. Creizenach, Die Inhaberaktie der Kommanditgesellschaft nach dem französ. H.G.B. in d. Zeitschr. f. Handelsr. Bd. II S. 53 f.

[9]) Fick: Handelsgesellschaften mit beschränkter Haftbarkeit in d. Zeitschr. f. Handelsr. Bd. XIII S. 400.

[10]) F. Mittermaier, Die neueste französ. Gesetzgeb. in d. Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 7 S. 168.

[11]) Zeitschr. f. Handelsr. Bd. I, S. 373, Bd. VII, S. 169.

nicht völlig der mit der Gründung des „Credit mobilier" inaugurirten Wirthschaftspolitik, sowie solche in der die Genehmigung des Credit mobilier befürwortenden Denkschrift entwickelt ist:

„der Geist des Handels bedarf zur Hervorbringung aller der Früchte, deren Keim er in sich birgt, vor allem der Anstachelung und gerade weil bisher in Frankreich die Spekulation in den engsten Schranken gehalten worden ist, wurde es für höchst angemessen erachtet, zur Seite der Bank von Frankreich, eine Anstalt zu errichten, welche aus einem ganz verschiedenen Ideenreiche entsprungen, auf dem Gebiete des Handels und der Industrie den Geist der Initiative verbreitet".[12])

Zunächst wurden durch Gesetz vom 24. Mai 1863 [13]) freie Aktiengesellschaften neben den konzessionspflichtigen zugelassen, und zwar unter dem Namen „sociétés à responsabilité limitée", ohne Inhaberpapiere und mit keinem grösseren Kapital als 20 Millionen Francs. Dieser einlenkenden Massregel folgte das Gesetz vom 24. Juli 1867,[14]) durch welches der Konzessionszwang für alle Aktiengesellschaften in Frankreich beseitigt, indem unter Aufhebung des Gesetzes vom 24. Mai 1863 die Freiheit der sociétés anonymes erklärt und dieselben dafür den Normativvorschriften des Gesetzes von 1856 unterworfen wurden mit Milderungen, „um die Spekulation wieder etwas zu beruhigen".[15])

Zur Konstituirung einer Société anonyme sind jetzt vier Akte erforderlich: 1) Der Gesellschaftsvertrag, welcher nebst der Subskriptionsliste bei dem Gericht des Sitzes der Gesellschaft niederzulegen und auszugsweise in für amtliche Kundmachungen bestimmte Zeitungen zu publiziren, auch in dem Bureau der Gesellschaft zu affigiren ist; 2) ein Akt, durch welchen die Zeichnung des Aktienkapitals und der Einzahlung von ein Viertel desselben konstatirt wird; 3) ein Akt als Generalversammlungsprotokoll, durch welchen die Richtigkeit des zweiten Aktes nochmals versichert wird und durch welchen im Fall der Illation von nicht in Gelde bestehenden Beiträgen, deren Prüfung und Abschätzung veranlasst wird; 4) endlich ein Akt, nach welchem die erfolgte Prüfung und Abschätzung der apports durch eine weitere Generalversammlung genehmigt worden ist. Zur Sicherheit der Erfüllung der vom Gesetzgeber für die Anerkennung einer Aktiengesellschaft vorgeschriebenen formellen und materiellen Voraussetzungen ist die Nullität angedroht.[16]) Dieses System der Normativvorschriften ist -jedoch- mit zum Theil sehr erheblichen Modificationen, den Kodificationen des Kontinents zu Grunde gelegt, welche das Aktiengesellschafts-

---

[12]) Aus dem die Gründung empfehlenden Bericht des damaligen Ministers Persigny, vgl. Wirth, Handelskrisen S. 250.

[13]) Abgedr. in d. Zeitschr. f. d. Handelsr. Bd. VII S. 160 f.

[14]) Abgedr. in dem Beilageheft XII d. Zeitschr. f. Handelsr. S. 99 f.

[15]) Wie bei der Berathung des Gesetzes vom 28. März 1865 geäussert wurde; vgl. Beilageheft XII d. Zeitschr. f. Handelsr. S. 117.

[16]) Vgl. Wiener in d. Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 24, S. 2—21, und Bd. 25, S. 1 f., S. 34 f.

recht in der neuesten Zeit in Deutschland 1870, Belgien 1873 und in Ungarn 1875 erfahren hat.

§ 111.

6. Die Gesetzgebung über die Aktiengesellschaft in England.[1])

In England wurde die Aktiengesellschaft schon 1720 vor das Forum der Gesetzgebung gezogen. Unter dem Schatten der officiellen mit den Aktien der Südseekompagnie getriebenen Agiotage waren Hunderte von Projekten Blasen, „Bubbles" im Markt erschienen, bei welchen es sich überhaupt nicht um die Zusammenbringung von Kapital zur Durchführung eines Unternehmens, sondern wesentlich darum handelte: Aktien als Material für das Börsenspiel zu schaffen. Werthlose industrielle Etablissements wurden in Spielpapiere verwandelt. Projekte wie „zur neuen Ausführung des perpetuum mobile, oder das Salzwasser süss zu machen", fanden Subskribenten[2]) u. s. w. Die Mehrzahl der Bubbles hatten keine Privilegien, keinen Freibrief der Krone oder eine Parlamentsakte für ihre Existenz aufzuweisen, sie unterstanden dem Common law, insbesondere in Betreff der solidarischen Haftpflicht aller Theilnehmer. Das Publikum hatte aber eben so begierig nach diesen Devisen, als nach den Aktien der oktroirten Kompagnien gegriffen, ohne sich um die Unterschiede dieser beiden Sorten von Papieren zu kümmern, ohne sich klar zu machen, dass die Bubbles nur Privatgesellschaften „partnerships" waren, welche sich durch künstliche Klauseln des Gesellschaftsvertrages den Schein von korporativen, nach dem System der beschränkten Haftpflicht gebildeten Kompagnien gegeben hatten, ohne diese Qualität nach geltendem Recht wirklich zu besitzen. Die scharfen Verbote der Bubble-Acte vom 11. Juni 1720[3]) sind darauf berechnet, die Wiederkehr ähnlicher Missbräuche von Grund aus zu verhindern, „weil die seit dem 24. Juni 1718 veranstalteten verderblichen Unternehmungen und Projekte, deren Gründer und Theilnehmer sich vielfach korporative Rechte angemasst und sich unterfangen haben, ihre Antheile ohne irgend welche gesetzliche Befugniss übertragbar zu machen, zum Ruin und Untergang vieler guter Unterthanen Sr. Majestät geführt haben, werden vom 24. Juni 1720 ab alle dergleichen Unternehmungen und Praktiken, namentlich die Uebertragung oder die vermeintliche Uebertragung oder Assignirung von Aktien, sofern sie nicht auf Grund und Kraft ausdrücklicher staatlicher Ermächtigung geschehen, als ungesetzlich und nichtig erklärt,

---

[1]) Keyssner, „Die englische Gesellschaftsakte 1862 im Vergleich mit dem deutschen und französischen Recht in der Zeitschrift für das ges. Handelsrecht Bd. II, S. 553 ff. Mittermaier in derselben Zeitschr. Bd. VII, S. 428 und Beilageheft XII, S. 40 ff. — C. Güterbock, Berlin 1858: Die englischen Aktiengesellschaften von 1856 und 1857. — Elsner, Archiv für das Versicherungswesen I. Bd., 2. Heft. Berlin 1867: „Die englische Gesetzgebung über Handels- und Versicherungsgesellschaften." — Schwebemeyer, Berlin 1857: Das Aktien-Gesellschafts-, Bank- und Versicherungswesen in England.

[2]) Wirth, Handelskrisen S. 43 f.

[3]) 6 Georg 1, cap. 18, §§ 18—25. Vgl. Schwebemeyer l. c. S. 12 f.

auch alle Kontraventionen dagegen, die Vermittelung durch Makler eingeschlossen, mit strengen Strafen bedroht." — Durch diese Akte wurde die Bildung von Aktiengesellschaften ohne Freibrief der Krone oder ohne Parlamentsakte so gut wie unmöglich gemacht.[4]) Mit ihrer Aufhebung im Jahre 1825 (Act. 6 Georg IV cap. 91) trat das Common law wieder in Kraft. Durch dasselbe war aber den freien Erwerbsgesellschaften dreierlei versagt, 1) die Rechte einer inkorporirten Gesellschaft „body corporate", d. h. die gewissen, zur Erwerbs- und Lebensfähigkeit grosser Vereine erforderlichen Rechte der öffentlichen Korporationen, „das Recht unter einem Gesammtnamen mit gemeinsamem Siegel und mit perpetuirlicher Rechtsnachfolge (perpetual succession) Vermögen, namentlich auch Grundbesitz, zu erwerben, Verbindlichkeiten einzugehen, vor Gericht als Verein, als Kläger oder Verklagter aufzutreten"; 2) die Beschränkung der Haftpflicht der Theilnehmer auf eine bestimmte Summe; 3) die Befugniss zur Emission von Inhaberaktien.[5]) Die Zutheilung aller oder einzelner dieser Gerechtsamen an einzelnen Gesellschaften war nicht anders, als durch die kostbaren und umständlichen Wege eines Freibriefes der Krone oder einer Akte des Parlaments zu erlangen. Die Regierung war bemüht, diese Prärogativen im öffentlichen Interesse so lange als möglich an ihrer Hand zu behalten. Der Verkehr strebte umgekehrt danach, sich in den Besitz dieser Handhaben zu setzen, ohne hierbei von dem Belieben der Krone oder des Parlaments abhängig zu sein. Aus diesem Kampf sind eine Reihe von Gesetzen hervorgegangen, durch welche zuerst Abschlagszahlungen, dann aber alle vom Publikum gewünschten Konzessionen bewilligt wurden. Zunächst ergingen die Acten[6]) 4 und 5 William IV c. 94 (1834), „um Se. Majestät in den Stand zu setzen, Handels- und anderen Gesellschaften diejenigen Befugnisse zu verleihen, welche zur gehörigen Führung der Geschäfte und Sicherheit der Rechte und Interessen ihrer Gläubiger nothwendig sind" und die Patentakte 1837, Letters Patent Act I Vict. c. 73, „eine Akte, um Ihre Majestät besser in den Stand zu setzen, gewisse Rechte und Immunitäten an Handels- und andere Gesellschaften zu ertheilen", durch welche etwa ein Zustand, wie das kontinentale Konzessionssystem geschaffen wurde, indem der Krone das Recht verliehen war, allen Gesellschaften, welche sich darum bewarben, die für deren Lebens- und Erwerbsfähigkeit erforderliche Rechtsstellung nicht blos in der feierlichen Form eines Königlichen Freibriefs, sondern auf dem weniger umständlichen Wege eines Patentes zu gewähren. Unter den Rechten, welche die Krone auf diesem Wege verleihen konnte, befindet sich

[4]) So waren z. B. im Jahre 1811 Müller und Bäcker in Birmingham gegen eine Mehl- und Brod-Aktiengesellschaft klagbar geworden, die sich zu dem Zweck gebildet hatte, während der damals herrschenden Theuerung Mehl und Brod billiger zu liefern, als es die Bäcker thaten. Die Jury fand, dass das Unternehmen ursprünglich zur Zeit der Theuerung zu keinem unerlaubten vielmehr ganz löblichen Zweck gegründet worden sei; dass aber, nachdem die Theuerung aufgehört, auch die Rechtmässigkeit des Zweckes aufgehört habe, daher auch das Unternehmen selbst aufhören müsse. — Schwebemeyer S. 14.

[5]) Güterbock l. c. S. 11 f. Elsner, Archiv 1864, S. 236 f.

[6]) Vgl. Elsner, Archiv S. 211 f.

auch die Befugniss, „dass die Mitglieder der Gesellschaft individuell für deren Schulden nur bis zu einer bestimmten Höhe haftbar sind." Der Forderung, dass die Bildung von grösseren Erwerbsgesellschaften nicht von dem Belieben der Krone und des Parlaments, sondern lediglich von der Erfüllung gewisser gesetzlich vorgeschriebenen Voraussetzungen abhängig sein solle, ward durch die Joint Stock Companies Act 1844 [7]) Rechnung getragen. Durch dieses Gesetz wurde allen Vereinen, welche aus mehr als sieben Theilnehmern bestehen, die Befugniss verliehen, sich mit den Rechten einer inkorporirten Gesellschaft und einem in Aktien getheilten Kapital zu konstituiren. Die juristische Thatsache, an welche der Erwerb dieser Rechte geknüpft war, bestand in der Registrirung in ein von einer dazu neu geschaffenen unter Aufsicht des Handelsamtes stehenden Behörde „Joint Stock Companies Registration Office" geführtes öffentliches Register. Die Akte unterscheidet eine provisorische und eine definitive Registrirung. Jene kontrollirt die Entwickelungsstadien des Projektes und bezweckt die Offenlegung der Gründung. Die definitive Registrirung setzt den Abschluss und die Vollziehung eines förmlichen Gesellschaftsstatuts (deed of settlement) voraus. Erst mit der definitiven Registrirung ist die Gesellschaft ipso jure inkorporirt und befähigt, durch ihre statutenmässigen Organe zu handeln und Aktien zu emittiren. Das Privilegium der beschränkten Haftung, sowie die Inhaberaktie blieben diesen Joint Stock Companies noch vorenthalten. Ersteres erhielten diese Gesellschaften erst durch die Joint Stock Companies Acte vom 14. Juli 1856 [8]) und die eine Kodifikation des Gesellschaftsrechts enthaltende Akte vom 7. August 1862,[9]) wodurch zugleich die Registrirung vereinfacht und die provisorische wegen Offenlegung der Gründung dem Verkehr lästige Registrirung beseitigt wurde. Zehn Jahre später, nachdem die Kreirung englischer Staatspapiere auf Inhaber durch die India Stock certificate Act 1863 [10]) vorausgegangen, fiel auch die letzte der englischen Aktiengesellschaft noch gestellte Schranke, das Verbot der Inhaberaktie, indem durch die Novelle vom 20. August 1867 [11]) allen Gesellschaften mit beschränkter Haftbarkeit nachgelassen ward, in Bezug auf voll eingezahlte Aktien Certifikate auf den Inhaber auszustellen. Durch diese Novelle ist auch die kontinentale, bisher in England nicht geduldete Kommanditgesellschaft mit und ohne Aktie für mehr als sieben Theilnehmer eingeführt, insofern Satz 4 vorschreibt: „Wo nach dem Inkrafttreten dieser Akte eine Gesellschaft als eine Gesellschaft mit beschränkter Haftbarkeit unter der Hauptakte von 1862 gebildet wird, kann die Haftbarkeit der Verwaltungsräthe oder Direktoren solcher Gesellschaften durch das Assoziationsmemorandum unbeschränkt bestimmt sein."

---

[7]) Elsner, Archiv S. 218 f. Schwebemeyer S. 15 f.

[8]) Güterbock, Die englischen Aktiengesellschaftsgesetze von 1856 und 1857.

[9]) Vgl. Keyssner in d. Zeitschr. f. d. g. Handelsr. VII, S. 570 f. — Text bei Elsner, Archiv S. 227 f.

[10]) Mittheilung in der Zeitschr. f. d. g. Handelsr. Bd. VIII, S. 140.

[11]) Abgedruckt in der Zeitschr. f. d. g. Handelsr. Bd. XIV, S. 452 f.; erläutert von F. Mittermaier in dem Beilageband zu Bd. XII der Zeitschr. f. Handelsr. S. 40—48; daselbst auch S. 49 f. Mittheil. über die Railway Companies Art 1867.

Der Apparat der englischen Aktiengesellschaft ist ungemein einfach. Das Rechtsverhältniss der Aktiengesellschaft entsteht durch den Akt der Registrirung, über welche vom Registrar of Joint Stock Companies ein Certifikat ertheilt wird, „welches ein unbestreitbarer Beweis sein soll, dass allen Forderungen des Gesetzes hinsichtlich der Registrirung genügt sei.“ Die Registrirung muss erfolgen, wenn ein von sieben oder mehr Personen unterschriebenes Assoziationsmemorandum [12]) vorgelegt wird, welches Nichts weiter als die Essentialien des Aktiengesellschaftsvertrages zu enthalten braucht, nämlich:

1. Den Namen der projektirten Gesellschaft mit Hinzufügung des Wortes limited als letztes Wort dieses Namens.

2. Der Theil des vereinigten Königreichs, ob England, Schottland oder Irland, in welchem das registrirte Büreau der Gesellschaft errichtet werden soll.

3. Die Zwecke, zu denen die projektirte Gesellschaft gegründet werden soll.

4. Eine Erklärung, dass die Haftbarkeit der Mitglieder beschränkt ist.

5. Der Betrag des Kapitals, mit welchem die Gesellschaft registrirt werden soll, eingetheilt in Aktien von einem gewissen bestimmten Betrage.

6. Kein Unterzeichner darf weniger als eine Aktie nehmen und soll seinen Namen gegenüber der Anzahl der Aktien schreiben, die er nimmt.

Mit der Registrirung wird jede durch Aktien limitirte Gesellschaft mit dem vom Gesetz Anhang I aufgestellten Musterstatut [13]) begabt, soweit dasselbe nicht durch mit dem Assoziationsmemorandum überreichte Assoziationsartikel abgeändert wird. Durch eine Reihe von Vorschriften [14]) ist dafür gesorgt, dass sich das Publikum über alles Wissenswerthe, inclusive auch über den Vermögensstand der Gesellschaft und die Persönlichkeiten der Aktienzeichner, bei Namenaktien auch deren Nachfolger durch Nachforschung im Register und im Büreau der Gesellschaft gehörig informiren kann. Durch wirksam organisirte Geldstrafen gegen die Direktoren sowohl als gegen die Gesellschaft ist die Erfüllung dieser Vorschriften sichergestellt. Bis zur Freigebung der Inhaberaktie hat man dies System der Publizität für ein genügendes Schutzmittel gegen Ausschreitungen erachtet. Mit den scharfen Vorschriften, der Akte von 1863 gegen trügerische Prospekte und dolose Handlungen bei der Reduktion des Aktienkapitals, ist indess der Weg des französischen Präventiv-Systems beschritten worden. Die Gesellschaftsakte vom 7. August 1862 (26 Vict. Cap. 89) [15]) „Eine Akte über die Inkorporirung

---

[12]) Anhang II der Akte von 1862 s. bei Elsner, Archiv S. 347.

[13]) Elsner, Archiv l. c. S. 325—342.

[14]) Auf dem Büreau sollen z. B. zur Einsicht offen liegen: das Mitglieder-Register sowie ein Register aller Hypotheken und Lasten, welche auf den Besitzthümern der Gesellschaften ruhen und bei Bank- und Versicherungsgesellschaften auch einen Status nach dem Formular D der Akte von 1862, vgl. §§ 25—37, 43—46 der Akte von 1862.

[15]) Ein Zwang zur Unterwerfung unter die Akte besteht für alle Vereinigungen zum Betriebe des Bankgeschäfts, welche aus mehr denn 10 Personen bestehen, sowie für alle aus mehr denn 20 Personen bestehenden Vereinigungen zum Betriebe eines Geschäfts, dessen Zweck die Erzielung von Gewinn ist. Dieser Zwang fällt jedoch fort, wenn dergleichen Gesellschaften in Gemässheit einer Parlamentsakte oder eines Patentes gebildet

und Liquidation von Handelsgesellschaften und anderen Vereinigungen" bildet nunmehr eine der Hauptquellen des englischen Gesellschaftsrechts. Die Gesellschaften Englands zerfallen danach in zwei grosse Klassen: partnerships, alle Gesellschaften aus weniger denn sieben Theilnehmern und companies, welche aus mehr denn sieben Theilnehmern bestehen. Die (auch für die société anonyme des Gesetzes von 1867 adoptirte) Ziffer sieben bildet somit die zwar willkürliche aber feste und leicht übersehbare Grenze. Für die partnerships reicht das Common law aus, welches nach wie vor unverändert gilt.

Das kontinentale System der Kommandite hat in England nie Eingang gefunden. Das Dogma von der vollen und persönlichen Verantwortlichkeit für den Ausgang eines in gewinnsüchtiger Absicht angestrebten Unternehmens gilt als eine der Ursachen der Handelsgrösse Englands und der Solidität dessen Unternehmungen. Die Gesetze von 1856 und 1863 haben dieses Prinzip zu Gunsten der grossen Gesellschaften aufgegeben, aber für die kleinen Gesellschaften festgehalten. Für dieselben ist es bei dem System der Solidarhaft der Genossen geblieben, welches in England in aller seiner Starrheit dahin ausgebildet worden ist, dass jeder, der am Gewinn und Verlust eines Unternehmens, wenn auch nur in einem kleinen geringen Verhältniss betheiligt ist, voll und persönlich für alle Gesellschaftsschulden, den Gesellschaftsgläubigern gegenüber haften muss, ohne dass er mit dem Einwand gehört wird, dass er nur stiller von der Geschäftsführung ausgeschlossener Partizipant (dormant partner) gewesen und dass er daher nur bis zur Höhe seiner vertragsmässigen Einlage zu haften habe. [16])

Nach Satz 48 der Gesellschafts-Akte von 1862, welche wörtlich lautet:

> „Wenn eine dieser Akte unterstehende Gesellschaft Geschäfte betreibt und die Zahl ihrer Mitglieder beträgt sechs Monate lang weniger als sieben, so soll jede Person, welche nach der sechsmonatlichen Frist Mitglied der Gesellschaft ist und von dem Umstande, dass sie mit weniger als sieben Mitgliedern Geschäfte treibt, Kenntniss hat, einzeln haftbar sein für die Bezahlung der sämmtlichen während solcher Zeit von der Gesellschaft contrahirten Schulden, und kann darum geklagt werden, ohne dass ein anderes Mitglied mit verklagt zu werden braucht"

fallen desshalb, konsequenterweise die Gesellschaften des neuen Rechts unter die

---

sind, ferner für die Gesellschaften zur Ausbeutung von Bergwerken, unter der Jurisdiktion der Zinnbergwerke (Stannaries) sowie für die Bau- und Wirthschaftsgenossenschaften, deren Rechtsverhältnisse durch Spezialgesetze geregelt sind.

[16]) Erst durch das Gesetz vom 5. Juli 1865, 28 und 26 Victoriae Cap. 86 (dargestellt von Mittermaier in d. Zeitschr. d. g. Handelsr. Bd. X, S. 124—128) sind Ausnahmen für gewisse Betheiligungen, wie Hingabe eines Darlehns mit dem Beding der nach dem Gewinn wechselnden Verzinsung, Darlehen auf Gewinnantheile, Bezug einer Tantième als Lohn für Dienste, Gewinnbetheiligung als Kaufpreis für ein verkauftes Geschäft und als Leibrente der Wittwe oder eines Kindes eines verstorbenen Gesellschafters — zugelassen worden, also für Rechtsverhältnisse, welche zum Theil gar nicht unter den Begriff der sozietätsmässigen Partizipation fallen, die aber thatsächlich von der englischen Praxis im Interesse der Sicherheit des Verkehrs, und um Einwendungen schlauer oder böser Schuldner abzuschneiden, darunter gebracht worden waren.

Strenge des gemeinen Rechts zurück, wenn sie den Karakter der grossen Assoziation zu Gunsten deren die Regel verlassen ist, verlieren.[17])

Die Companies der Akte von 1862 unterscheiden sich untereinander in Betreff der Haftpflicht und ihrer Zwecke. Nach der ersteren Richtung sind vom Gesetz drei Kategorien hervorgehoben:

1. Gesellschaften, welche nach dem Prinzip gebildet sind, dass der Haftbarkeit ihrer Mitglieder keine Schranke gesetzt wird (unlimited companies) mit und ohne ein in Aktien getheiltes Kapital.

2. Gesellschaften, welche nach dem Prinzip gebildet sind, dass die Haftbarkeit ihrer Mitglieder auf denjenigen Betrag beschränkt bleibt, den jedes Mitglied sich zu den Aktiven der Gesellschaft im Fall ihrer Liquidation beizutragen verpflichtet (companies limited by guarantee) mit und ohne ein in Aktien getheiltes Kapital.

3. Die kontinentale Aktiengesellschaft oder die durch Aktien limitirte Gesellschaft company limited by shares, welche, wie sich das Gesetz ausdrückt, nach dem Prinzip gebildet ist, dass die Haftbarkeit ihrer Mitglieder auf den nicht eingezahlten Betrag ihrer Aktien beschränkt bleibt

Es giebt in England sonach auch Aktiengesellschaften mit Solidarhaft der Aktionäre, doch ist deren Zahl nicht erheblich. In der Zeit von 1856—1868 sind 7056 Aktiengesellschaften mit einem Nominalkapital von 893,000,000 Pfund registrirt worden, davon waren nur 96 mit unbeschränkter Haftbarkeit[18]).

Nach dem französischen System sind zur Aktiengesellschaft nur solche Unternehmen qualifizirt, deren Gegenstand in einem Handelsgewerbe, d. h im gewerbsmässigen Betrieb von Handelsgeschäften im Sinne des Code de commerce besteht (§ 9). Ausgeschlossen sind damit alle Unternehmen, die nicht unter den Begriff Gewerbe fallen und von den Gewerben diejenigen, welche kein Handelsgewerbe im Sinne des Code de commerce sind. Die englische Kodifikation bemisst die Zutheilung der Rechte nicht nach dem Gesellschaftszweck, sondern nach der Grösse der Assoziation.

Registerfähig sind alle aus mehr als sieben Mitgliedern bestehende Vereine ohne Unterschied des Zweckes, sobald derselbe nur ein erlaubter ist. Der Verschiedenheit des Zweckes ist aber doch insoweit Rechnung getragen, als die Vorschriften des Gesetzes voll und unverkürzt nur auf diejenigen Gesellschaften Anwendung finden, deren Zweck auf die Erzielung eines zur Vertheilung unter die Mitglieder bestimmten Gewinnes gerichtet ist, während in Betreff der nach dem Prinzip der beschränkten Haftung gebildeten gemeinnützigen Vereine, „bei

---

[17]) Auch das französische und belgische Recht Art. 13, 14 des Gesetzes vom 24. Juni 1867, Art. 29 und 73 des belgischen Gesetzes vom 18. Mai 1873 haben das Erforderniss von mindestens 7 Aktionären für die Konstituirung der Gesellschaft adoptirt, die Verminderung der Mitgliederzahl führt jedoch nicht die Konsequenzen des englischen Rechts mit sich, sondern es soll hieraus für jeden Aktionär nur das Recht entspringen, die Auflösung der Gesellschaft nach Ablauf eines Jahres in Frankreich und nach sechs Monaten in Belgien zu verlangen.

[18]) Zeitschr., K. Preuss. Statistik Bd. 1875, S. 471.

denen die Absicht dahin geht, den eventuellen Gewinn oder andere Einnahmen der Assoziation zur Förderung ihrer Zwecke zu verwenden und die Zahlung einer Dividende an die Mitglieder zu untersagen" nachgelassen ist, dass durch das Handelsamt gewisse Befreiungen von den lästigen und kostspieligen Formalitäten und Publikationen der Akte von 1862 gewährt werden können, wie es denn dieser Klasse von Vereinen verboten ist, mehr als zwei Acre Land ohne Lizenz des Handelsamtes zu besitzen.[19]) Die Aktiengesellschaft ist demnach in England die Generalform, in welcher jeder erlaubte Zweck verfolgt werden kann, während ihr Gebiet in Frankreich und anderwärts auf das Handelsgewerbe beschränkt ist.

§ 112.

7. Die Aktiengesellschaft in Deutschland.

Zur Zeit der Promulgation des Deutschen Handelsgesetzbuchs von 1862 war das Konzessionssystem in Deutschland vorherrschend. Dasselbe beruhte in der Preussischen Monarchie auf dem Eisenbahngesetz vom 3. November 1838 und dem Gesetz über die Aktiengesellschaften vom 9. November 1843,[1]) in den deutschen Landestheilen des Kaiserthums Oesterreich auf den Bestimmungen des s. g. Vereinsgesetzes vom 26. November 1852[2]) und in Baden, Rheinhessen, sowie in der baierischen Rheinpfalz auf dem in diesen Rechtsgebieten fortgeltenden Französischen Handelsgesetzbuch. In den drei Hansestädten war die Freiheit der Aktiengesellschaft als ein unbestrittenes Gewohnheitsrecht anerkannt. In den übrigen gemeinrechtlichen Territorien war die Frage, ob es zur Bildung von Aktiengesellschaften der Staatsgenehmigung bedürfe oder ob hierzu der Privatwille genüge, noch im Stadium der Kontroverse befindlich.[3])

Der den Nürnberger Konferenzen[4]) zu Grunde gelegte Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die preussischen Staaten[5]) stand auf dem Boden des

---

[19]) Akte von 1862, § 21, Akte von 1867, § 23.

[1]) In der preuss. Rheinprovinz bestand das Konzessionssystem schon seit Einführung des Code de commerce; eine der ältesten konzessionirten Gesellschaften ist die Rheinisch-Westindische Kompagnie, genehmigt durch Kabinetsorder vom 7. November 1821, deren Statuten bei Bender Grundsätze des engeren Handelsrechts. Darmstadt 1824, S. 326 f. abgedruckt sind.

[2]) Nr. 253 des österr. R.G. — Bd. pro 1852 — § 2 des neuen Vereinsgesetzes vom 15. November 1867.

[3]) Vgl. Urt. d. O.T.B. zu Stuttgart vom 11. Februar 1857. Zeitschr. f. Handelsr. I. S. 172, VI S. 607 f. Urt. des O.A.G. Dresden vom 3. September 1863 eod. Bd. VIII S. 598. — Urtheil des R.O.H.G. vom 15. Dezember 1871 in der Sammlung der Entsch. des O.H.G. (Erlangen, Verlag von Enke) Bd. IV S. 310 f.; vgl. auch den Fall in der Zeitschr. für das gesammte Handelsr. Bd. 20 S. 351.

[4]) Protokolle der Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutsch. Handelsgesetzbuches; herausgegeben von Lutz. 9 Bände und ein Beilageband. Würzburg 1858—1863.

[5]) Nebst Motiven, Berlin 1857. — Vorarbeiten sind der Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für das Königreich Würtemberg, Art. 243—278; mit Motiven, Stuttgart 1839. — Die Art. 73—107 des Entwurfes eines allgemeinen Handelsgesetzbuchs für Deutschland mit Motiven, von der durch das Reichsministerium der Justiz eingesetzten Kommission.

Konzessionssystems. In der Sitzung der Konferenz vom 13. März 1857, in welcher über das zu befolgende System entschieden werden sollte, erklärten die Abgeordneten für Hamburg, dass das in ihrem Staate wohl bewährte System nicht aufgegeben werden könne, und begründeten ihr Votum wesentlich wie folgt:[6])

„Die Gesetzgebung sei nicht im Stande, den mit dem Wesen der Aktiengesellschaft verbundenen Missbräuchen zu steuern, dagegen gäbe es nur ein wirksames Mittel, nämlich die eigene Erfahrung des Publikums, welche dahin führe, dass die Einzelnen selbst die erforderliche Vorsicht und Mässigung anwenden, um sich vor Schaden zu bewahren, ohne sich vorzugsweise auf die obervormundschaftliche Fürsorge des Staates zu verlassen. Je mehr die Gesetzgebung spezielle Vorschriften erlasse, um den Einzelnen gegen die Folgen eigener Unvorsichtigkeit in Schutz zu nehmen und in seinen Partikularinteressen vor geschäftlichen Verlusten zu bewahren, desto langsamer und schwächer entwickle sich der Natur der Sache nach die erforderliche Umsicht beim Publikum und um so mehr werde auf andere Weise schlauern und gewissenloseren Unternehmern ihr Treiben erleichtert."

In Folge dieser Opposition einigte man sich dahin,[7]) der Partikulargesetzgebung bezüglich der Wahl zwischen diesen beiden Systemen nicht vorgreifen zu wollen. Es wurde ferner beschlossen, die Materie zunächst auf der Grundlage des Konzessionssystems durchzuberathen.[8])

Im Lauf der weiteren Verhandlungen ist das Recht der Aktiengesellschaft aber auf das System der Publizität und zwar auf das englische System der Registrirung aufgebaut worden. Der Preussische Entwurf nämlich enthielt schon die Nothwendigkeit der Registrirung der Aktiengesellschaft in das Handelsregister, allerdings nur aus Gründen der Zweckmässigkeit und an Stelle der bis dahin in den Ländern des Konzessionssystems üblich gewesenen amtlichen Publikationen der genehmigten Statuten. Es heisst hierüber Seite 91 der Motive: „nach dem Gesetz vom 9. November 1843 erfolgt die Bekanntmachung der Gesellschaftsstatuten durch die Amtsblätter oder die Gesetzsammlung. Die Veröffentlichung durch das Handelsregister verdient indess in Handelssachen den Vorzug und entspricht auch dem Bedürfnisse des Handelsstandes, sowie der nothwendigen Rücksicht auf das Ausland am Meisten." Zur Erzwingung dieser als Ordnungsvorschrift gedachten Publizität war in Artikel 81 des Preussischen Entwurfes der Rechtsnachtheil angedroht, dass wenn vor der Eintragung im Namen der Aktiengesellschaft gehandelt wird, die Handelnden persönlich und solidarisch haften sollen. Gegen diese Vorschrift wurde geltend gemacht, dass darin noch kein genügendes Schutzmittel liege „um wirksam zu verhindern, dass zum Schaden des Publikums Leute auftreten und Geschäfte machen würden, bevor die Gesellschaft gehörig konstituirt und ihre Statuten in der erforder-

Frankfurt a. M. 1849; vgl. auch Gans, Gutachten in dessen Beiträgen zur Revision der preuss. Gesetzgebung. Berlin 1830/1832 S. 177 f.

[6]) Prot. Bd. I S. 319 f.

[7]) Prot. S. 315, 372.

[8]) Prot. 372, 373, 1075, 1444—1450.

lichen Weise veröffentlicht sind". Es wurde ferner betont, dass die Registrirung für diejenigen Statuten, in welchen eine staatliche Genehmigung zur Gründung der Aktiengesellschaft nicht hergebracht, für eine unentbehrliche Voraussetzung der Sanktionirung des ganzen Rechtsinstituts gehalten werde. Diese Auffassung wurde gebilligt und so entstand der das System des Handelsgesetzbuches ausdrückende Artikel 211:

„Vor erfolgter Genehmigung und Eintragung in das Handelsregister besteht die Aktiengesellschaft als solche nicht.

Wenn vor erfolgter Genehmigung und Eintragung in das Handelsregister im Namen der Gesellschaft gehandelt worden ist, so haften die Handelnden persönlich und solidarisch".

Die Registrirung war damit als die unentbehrliche Voraussetzung für die Anerkennung der Aktiengesellschaft hingestellt und zwar auch für diejenigen Staaten, welche sich für die Beibehaltung der Konzession entscheiden würden.[9])

Die Einführung des von der Nürnberger Konferenz vereinbarten Handelsgesetzbuchs erfolgte in den Rechtsgebieten des vormaligen Deutschen Bundes vom Jahre 1862 ab als Landesrecht durch besondere Einführungsgesetze.[10]) Die drei Hansestädte, Oldenburg, Baden, Württemberg und später auch das Königreich Sachsen durch das Gesetz die juristischen Personen betreffend vom 15. Juni 1868 verzichteten auf das Erforderniss der Staatsgenehmigung. In den übrigen Staaten wurde der Konzessionszwang beibehalten und zwar mit Ausnahme von Preussen, Anhalt-Dessau, Waldeck und Lauenburg, nicht blos für die Aktiengesellschaft, sondern auch für die Kommanditgesellschaft auf Aktien. Die Registrirung war somit das allen Aktiengesellschaften gemeinsame und unentbehrliche Erforderniss. In den Ländern des Konzessionszwanges trat noch als zweites Erforderniss das der Staatsgenehmigung dazu.

In den deutschen Landestheilen der österreichischen Monarchie gilt das Aktiengesellschaftsrecht des deutschen Handelsgesetzbuches von 1862 unverändert fort, nur mit den Maassgaben, welche in dem Einführungsgesetz vom 17. Dezember 1862[11]) und den späteren Landesgesetzen[12]) enthalten sind.

In den Rechtsgebieten des deutschen Reichs ist die s. g. Aktiennovelle von 1870[13]) „Gesetz betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die

---

[9]) Prot. S. 318, 1039, 1049.

[10]) Sammlung der Einführungsgesetze sämmtlicher deutschen Staaten zum Allgem. deutschen Handelsgesetzbuche von Lutz, Würzburg 1863.

[11]) Nr. 1 des Oesterr. R.G.Bl. pro 1863.

[12]) Kaiserl. V. vom 21. Juni 1873, R.G.Bl. Nr. 114, Auflösung von Aktiengesellschaften — Gesetz vom 25. Juli 1871, R.G.Bl. Nr. 75 wegen Beurkundung der Beschlüsse der Generalversammlungen von Aktionären. — K. V. vom 29. November 1865, R.G.Bl. Nr. 127, Zulassung ausländischer Aktiengesellschaften. — V. des Oesterr. Justiz-Minist. vom 28. Oktober 1865 über die den Anstalten, welche Kreditgeschäfte treiben, zukommenden Ausnahmen von den allgemeinen Justizgesetzen. Abgedruckt in der Zeitschr. f. Handelsr. Bd. XI, S. 344.

[13]) Endemann, Gesetz vom 11. Juni 1870, mit historisch. krit. Einleitung und ausführlichen Erläuterungen aus den amtlichen Materialien. Berlin 1870. — Zimmer-

Aktienanstalten vom 11. Juni 1870" ergangen, wodurch der durch das Handelsgesetzbuch geschaffene Rechtszustand nach drei Richtungen hin wesentlich verändert worden ist.

1. Bisher galten zwei Systeme, das System der Registrirung in den Staaten, welche auf das Erforderniss der Staatsgenehmigung für die Errichtung und die Statuten der Aktiengesellschaft verzichtet hatten und das mit dem System der Registrirung kombinirte Konzessionssystem in denjenigen Staaten, welche den Konzessionszwang festgehalten hatten. Durch die Novelle ist das System der Registrirung beibehalten und das System der Normativbestimmungen unter Aufhebung des Konzessionssystems neu eingeführt worden und zwar auch in denjenigen Rechtsgebieten, in welchen der Konzessionszwang nicht bestanden hatte. Alle Aktiengesellschaften als solche sind vom Tage der Gesetzeskraft der Novelle ab von dem Konzessionszwang, sowie von jeder Staatsaufsicht befreit (Art. 249a § 2). Dagegen sind die Landesgesetze stehen geblieben, nach welchen der Gegenstand des Unternehmens der staatlichen Genehmigung bedarf und das Unternehmen der staatlichen Aufsicht unterliegt (Art. 249a § 3).

2. Der Nürnberger Konferenz war nur die Aufgabe der einheitlichen Regelung des Handelsrechts gestellt. Die Aktiengesellschaft wurde deshalb nur in soweit in Betracht gezogen, als der Gegenstand ihres Unternehmens in dem gewerbsmässigen Betrieb von Handelsgeschäften, Handelsgewerbe im Sinne des H.G.B. bestand. Dieser Begriff[14]) umfasst ausser dem eigentlichen Handel und dessen Hülfsgewerben (Kommission, Spedition, Frachtgeschäft, Assekuranz) auch alle übrigen auf Kredit und kaufmännischen Betrieb angewiesenen Geschäfte des bürgerlichen Verkehrs, jedoch mit Ausnahme der Urproduktion (Landwirthschaft, Bergbau) und des Immobiliengeschäfts. Die Aktiengesellschaft war hierdurch in zwei Klassen gespalten, die Handelsaktiengesellschaft, d. h. diejenige, bei welchen der Gegenstand des Unternehmens in einem Handelsgewerbe besteht und in die Civilaktiengesellschaft, diejenige, bei welcher der Gegenstand des Unternehmens in Nichthandelsgeschäften besteht, also in dem gewerbsmässigen Betrieb von Geschäften, die nach der Technik des Handelsgesetzbuchs nicht unter den Begriff Handelsgeschäft fallen. Das Handelsgesetzbuch beschäftigte sich nur mit der ersten Kategorie, indem es die Regelung der Civilaktiengesellschaft den Landesgesetzen überlassen hat, und sind denn auch in einigen Staaten hierüber lautende Spezialgesetze (Preussen vom 15. Februar 1864. Braunschweig, Gesetz vom 30. April 1867. Bayern, Gesetz vom 29. Juli 1869) erlassen worden.[15])

Die Novelle von 1870 hat nun beide Klassen verschmolzen,[16]) so dass es

---

mann, Das Gesetz vom 11. Juni 1870 in Busch, Archiv Bd. XX S. 406—420. — Behrend, Bemerkungen zu dem Gesetz vom 11. Juni 1870 in d. Zeitschr. für preussische Gesetzgebung Bd. V S. 219—238.

[14]) Vgl. Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, Erster Bd. (Erlangen 1864) §§ 40—59.

[15]) Vgl. Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 14 S. 364 u. Beilageheft zu Bd. XII S. 177.

[16]) Dies ist dadurch geschehen, dass man aus der Legal-Definition des Art. 207 „eine Handelsgesellschaft ist eine Aktiengesellschaft, wenn sich die sämmtlichen Gesell-

hinfort nur Eine Aktiengesellschaft giebt, ohne dass ein Unterschied gemacht wird, ob der Gegenstand des Unternehmens in einem Handelsgewerbe oder einem Nichthandelsgewerbe besteht. Jedes gewerbliche Unternehmen, nicht bloss jedes Handelsgewerbe kann nunmehr als Aktiengesellschaft betrieben werden, das Gebiet der Deutschen Aktiengesellschaft ist hierdurch weiter gerückt, als in Frankreich, wo die Beschränkung auf das Handelsgewerbe noch festgehalten ist, es ist aber immer noch beschränkter, als in England, wo jeder erlaubte Zweck in der Form der Aktiengesellschaft verfolgt werden kann.

3. Das Handelsgesetzbuch sowohl als die Novelle von 1870 gelten nunmehr nicht als Landesrecht, sondern als Reichsrecht, auch sind zugleich alle früheren landesrechtlichen Modifikationen der Materie beseitigt worden.[17])

Dieser Zustand datirt in den ehemaligen Gebieten des Norddeutschen Bundes seit dem 9. Juli 1870 als dem Tage der Rechtskraft der zunächst nur für den Norddeutschen Bund gegebenen Gesetze vom 11. Juni 1870. Die Einführung in Württemberg, Baden, Hessen-Darmstadt und Bayern ist erst später durch besondere Gesetze erfolgt. Die Einführung in Württemberg, Baden und Hessen-Darmstadt mit Gesetzeskraft vom 1. Januar 1871 beruht auf den Verträgen vom 15. und 25. November 1870 und für Bayern mit Gesetzeskraft vom 13. Mai 1871 auf dem Reichsgesetz vom 22. April 1871. Seit dem 1. Januar 1874 gilt das

---

schafter nur mit Einlagen betheiligen, ohne persönlich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu haften," das Wort „Handelsgesellschaft" gestrichen und durch das Wort „Gesellschaft" ersetzt hat, so dass nun die Stelle lautet: „eine Gesellschaft ist eine Aktiengesellschaft, wenn u. s. w." Nach dem Sprachgebrauch des Handelsgesetzbuchs bedeutet „Gesellschaft" die Vereinigung mehrerer zum gewerbsmässigen Betriebe von Geschäften im Gegensatz zu der sg. Partizipationsgesellschaft der Vereinigung zu einem oder mehreren einzelnen Geschäften. Damit ist die Frage entschieden, dass die Form der Aktiengesellschaft nach deutschem Recht nur zur Durchführung von Unternehmen, welche einen gewerbsmässigen Betrieb erheischen, Gewerbe im Sinne des Civil- und Handelsrechts sind, verwendet werden soll. Auf der einen Seite sind also alle vereinzelten Geschäfte, wie z. B. die Ausrüstung eines Schiffs für eine einzige Seereise, Entreprise für den Bau einer einzelnen Eisenbahn (O.H.G. v. 4. Septbr. 1876 Bd. XXI S. 29) von der Aktiengesellschaft ausgeschlossen, ebenso aber auch für dauernde Zwecke gegründete Vereine, wenn diese Zwecke so beschaffen sind, dass sie keine unter den Begriff des gewerbsmässigen Betriebes von Geschäften fallende Thätigkeit der Mitglieder und Gesellschaftsorgane in sich schliessen. Die territorialrechtlich noch herrschenden Beschränkungen der Assoziationsfreiheit können zuweilen dahin führen, dass die Form der Aktiengesellschaft gewählt wird, um die Existenz von Vereinen zu ermöglichen, die sonst lebens- und erwerbsunfähig bleiben würden. So wünschenswerth die Förderung uneigennütziger Zwecke auch immer ist, so wird sich die Realisirung dieses Ziels doch nicht durch das Medium der Aktiengesellschaft, sondern nur durch eine Erweiterung der Schranken der civilrechtlichen Gesellschaft erreichen lassen. Das Recht der deutschen Aktiengesellschaft ist ausschliesslich auf Gesellschaften für dauernde Gewinnzwecke der Mitglieder geschrieben und berechnet.

[17]) Für den Norddeutschen Bund war das Handelsgesetzbuch sammt der Wechsel-Ordnung bereits durch Gesetz vom 5. Juni 1869 als Bundesgesetz eingeführt. Nr. 32 des B.G.Bl. pro 1869.

[18]) B.G.Bl. 1870 S. 648, 651, 655. R.G.Bl. 1871 S. 87.

deutsche Aktiengesellschaftsrecht auch in Elsass-Lothringen. [19]) Die vor dem ersten Tage der Geltung der Novelle gültig [20]) errichteten aber noch nicht registrirten Civilaktiengesellschaften sind der Registrirung unterworfen worden, eine weitere rückwirkende Kraft ist der Novelle nicht besonders beigelegt. [21])

§ 113.

8. Die Quellen der Aktiengesellschaft. Die fremden Gesetze. Die Literatur.

Die deutsche Aktiengesellschaft ist durch die Vorschrift des Art. 208 H.G.B. „eine Aktiengesellschaft gilt als Handelsgesellschaft, auch wenn der Gegenstand des Unternehmens nicht in Handelsgeschäften besteht“ für ein Rechtsinstitut des Handelsrechts erklärt. Im Fall einer Kollision der verschiedenen Rechtsquellen entscheidet der an die Spitze des H.G.B. (Art. 1) gestellte Grundsatz:

In Handelssachen kommen, insoweit dieses Gesetzbuch keine Bestimmungen enthält, die Handelsgebräuche und in deren Ermangelung das allgemeine bürgerliche Recht zur Geltung.

Die Quellen des Aktiengesellschaftsrechts sind:

I. Die in der Reichsgesetzgebung über die Materie befindlichen Rechtsregeln, welche nach dem in Art. 2 der Reichsverfassung ausgesprochenen Grundsatz, [1]) soweit nicht ausdrücklich Ausnahmen [2]) gemacht sind, den Landesgesetzen überall vorgehen.

Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch mit den Abänderungen der Novelle von 1870.

Das Gesetz vom 16. Dezember 1875 wegen Umwandlung der Beträge der Aktien in Reichswährung; [3]) die Bestimmungen, welche das Reichsgesetz vom 25. Oktober 1867, betreffend die Nationalität der Kauffarteischiffe in den §§ 2. 14. 12 N. 2 enthält.

Die die Aktiengesellschaft berührenden Vorschriften der Reichsjustizgesetze. Gerichtsverfassungsgesetz vom 27. Januar 1877, [4]) Civil-Prozess-

[19]) Gesetz, betr. die Einführung der allg. deutsch. Wechsel-Ordnung und des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs in Elsass-Lothringen vom 19. Juni 1872. G.Bl. für Elsass-Lothringen 1872, Nr. 14; abgedruckt in d. Zeitschr. f. Handelsr. Bd. XVIII, S. 128 f.

[20]) Vgl. Endemann, Das Gesetz vom 11. Juni 1870, S. 3.

[21]) Vgl. Thöl, Handelsr. (1879) S. 417—419 und die Entsch. d. O.H.G. Bd. III, S. 331, VI 440, VIII 59, XI 120, XIX 299.

[1]) Ueber den Umfang dieser Fiktion bei Baugesellschaften vgl. O.H.G. v. 6. Septbr. 1877, Bd. 22, S. 326.

[2]) So ist in § 1 des Elsass-Lothringer Landesgesetzes vom 24. Juli 1872 die Fortgeltung der Wirksamkeiten des 5. Titels des französischen Gesetzes vom 24. Juli 1867 und des Titels 2 des französischen Dekretes vom 22. Januar 1868 betr. die Tontinen und Versicherungsgesellschaften vorgeschrieben.

[3]) Ladenburg, Umwandlung in Busch, Archiv Bd. 31 S. 22—25.

[4]) Keyssner, Das Gerichtsverfassungsgesetz für das deutsche Reich und das Verfahren in Handelssachen in d. Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 25, S. 449—544.

ordnung vom 30. Januar 1877, Konkursordnung vom 10. Februar 1877 und Einführungsgesetz dazu vom gleichen Tage.

II. Das Handelsgewohnheitsrecht. Besondere Erkenntnissmittel desselben sind die Gesellschaftsstatuten, wenn deren Gleichförmigkeit nicht auf blosser Konvenienz beruht, sondern auf eine rechtliche Ueberzeugung der Verfasser zurückzuführen ist; ferner die in einigen Rechtsgebieten für die Konzession von Aktiengesellschaften erlassenen Ministerial-Instruktionen [5]) und Verwaltungsreglements, soweit darin gewisse Naturalien des Rechtsgeschäfts übereinstimmend fixirt sind. [6])

III. Auch die Landesgesetze [7]) des deutschen Reichs sind geeignete Quellen des Aktiengesellschaftsrechts, jedoch nur sofern und soweit im Reichsrecht darauf verwiesen ist, wie z. B. in Betreff der Fragen der Unterwerfung der Aktiengesellschaft unter die Staatsgenehmigung oder der staatlichen Aufsicht um des Gegenstandes der Unterweisung willen. Ausserdem kamen sie aber zur Ausfüllung der Lücken in Betracht, soweit in ihnen Nichts enthalten ist, was mit dem Inhalt des Reichsrechts und des Handelsgewohnheitsrechts in Widerspruch steht. Einer gleichen Beschränkung ist die landesgesetzliche Ertheilung von legislativen Privilegien [8]) an einzelne Aktiengesellschaften unterworfen. [9])

---

[5]) Wie die preuss. Ministerialinstr. vom 22. April 1845, Minist.Bl. der innern Verwaltung 1845, S. 120 nebst Nachträgen vom 17. Dezbr. 1855, 7. März 1856, 29. März 1856, 7. Juli 1856, 29. Dezbr. 1856, 10. Septbr. 1858. — Die sächs. V. der Ministerien der Justiz und des Innern vom 31. Juli 1839 bei Pöhl's Recht der Aktienges. S. 425—427.

[6]) Diese Verwaltungsvorschriften kommen auch als Hilfsmittel der Interpretation in Betracht, weil die Normativvorschriften der Novelle von 1870 zum Theil daraus geschöpft sind; vgl. O.H.G. vom 4. Febr. 1876 Bd. 18, S. 433.

[7]) Nicht blos die förmlichen Gesetze, sondern das gesammte Landesrecht § 3 B des Gesetzes, betr. die Entscheidung der Allg. deutsch. Wechsel-Ordnung, der Nürnberger Wechsel-Novellen und des Allg. deutsch. Handelsgesetzbuches als Bundesgesetze vom 5. Juni 1869. B.G.Bl. 1869, S. 379.

[8]) Der Unterschied zwischen Verwaltungs- und legislativem Privilegium (Jhering, Der Zweck im Recht, Erster Bd. S. 329 f. Vogt in d. Zeitschr. f. Handelsr. Bd. I S. 488) wird zuweilen dadurch verdunkelt, dass für beide Erlasse derselbe Modus der Publikation und zwar der für Gesetze und Gesetzeskraft habenden Verordnungen landesgesetzlich vorgeschrieben ist, sodann auch dass die Nothwendigkeit der Mitwirkung aller gesetzgebenden Faktoren für die Ertheilung von legislativen Privilegien nicht in allen Verfassungen gleichmässig geregelt ist. Die in manchen Ländern des Konzessionssystems, wie z. B. in Preussen früher üblich gewesene Publikation der vom Staatsoberhaupt genehmigten Gesellschaftsstatuten in der Gesetzsammlung verleiht demselben nicht den Gesetzeskarakter, weil die Ertheilung der Aktiengesellschaftskonzession kein Ausfluss der Gesetzgebung, sondern ein Akt des Staats in seiner Eigenschaft als Verwaltung ist — die Praxis hat daher auch die Frage, ob die Verletzung der Auslegung derartiger Statuten als Gesetzesverletzung zu behandeln sei, konstant verneinend entschieden. Vgl. Entsch. des O.H.G. Bd. IV S. 58, VII S. 270, 344, VIII S. 191, XVII S. 32. — Das Preuss. O.T.B. hat im Erk. v. 9. April 1877, Entsch. Bd. 79 S. 312 den Statuten der Knappschaftsvereine die Gesetzesqualität abgesprochen, dagegen solche den Statuten der Deichverbände Erk. v. 12. April 1875 Bd. 75, S. 1 beigelegt.

[9]) Eine lex specialis verliert ihren gesetzlichen Karakter nicht darum, dass der Verleihung eine vertragsmässige Verpflichtung vorangegangen ist. Vgl. Zachariae,

IV. Ein wichtiges Hülfsmittel für die Anwendung des Aktiengesellschaftsrechts bilden die fremden Rechte. Wegen England und Frankreich ist das Nöthige bereits gesagt. Der Mehrzahl der übrigen ausländischen Rechte ist das französische Recht zu Grunde gelegt und zwar den älteren das Konzessionssystem des de Code commerce, den neueren das System der Normativvorschriften des Gesetzes vom 24. Juli 1867. In den beiden neuesten Kodifikationen:

Dem Ungarischen Handelsgesetz (XXXVII Gesetzartikel vom Jahre 1875) gültig für sämmtliche Länder von der H. Stephanskrone, dessen Titel 10 in 7 Abschnitten von der Aktiengesellschaft handelt: 1) Allgemeine Bestimmungen §§ 147—162. 2) Die Rechtsverhältnisse der Aktionäre §§ 163—175. 3) Generalversammlung §§ 173—181. 4) Direktion und Aufsichtskomité §§ 162—200. 5) Auflösung §§ 201—210. 6) Ausländische Aktiengesellschaften §§ 210—217. 7) Strafbestimmungen §§ 218—222 (Budapest 1875)[10]).

Dem Belgischen Handelsgesetzbuch, dessen Titel IX relatif aux sociétés durch Gesetz vom 18. Mai 1873 besonders publizirt worden und dessen Art. 168—213 den sociétés anonymes gewidmet sind.[11])

ist das französische System der Normativvorschriften vereinfacht und verbessert.

Die 1869 begonnene Kodifikation des italienischen Handelsgesetzbuches vom 25. Juni 1865 ist noch nicht vollendet. Durch Dekrete vom 30. Dezember 1865, 27. Mai 1866 und 5. September 1869 ist das staatliche Oberaufsichtsrecht über die Aktiengesellschaften geregelt.[12]) Die Gesellschaft ist erst konstituirt, wenn vier Fünftel des Kapitals gezeichnet und ein Zehntel des gezeichneten einbezahlt ist (134); halbeingezahlte Inhaberaktien sind gestattet (151).[13])

Das Holländische Handelsgesetzbuch (Wetboek van Koophandel) v. J. 1838 Art. 36—56 „de la société de commerce anonyme“ verbietet Bauzinsen und gestattet nur volleingezahlte Inhaberaktien.

Das spanische Codigo do comercio von 1829 (Art. 264, 276 — 298) gestattet zwar (280), dass die Aktien der Gesellschaften von den namenlosen Gesellschaften behufs der Cirkulation im Handel durch beglaubigte, mit den Formalitäten, die die Statuten bestimmen, versehene Scheine repräsentirt werden. Diese Scheine dürfen aber (281) nicht für Valuta ausgestellt werden,

---

Deutsch. Staatsrecht, Göttingen 1854, Bd. II S. 187. Daher wird dem auf Grund des § 40 des Reichsbankgesetzes vom 14. März 1875 erlassenen Statut der Reichsbank vom 21. Mai 1875 die Gesetzeskraft ebensowenig abzusprechen sein, als den landesgesetzlich durch die gesetzgebenden Faktoren in Form eines Gesetzes bewilligten Zinsgarantien an Eisenbahngesellschaften, vgl. jedoch O.H.G. vom 18. März 1874 Bd. 13 S. 123.

[10]) Goldschmidt in der Zeischr. f. Handelsr. Bd. 21 S. 164 f.

[11]) Sachs, Die Revision des Handelsrechts von Belgien. Beilageheft zu Bd. XXI d. Zeitschr. f. Handelsr. S. 122 f.

[12]) Sachs, Die neue Kodifikation des italien. Handelsrechts in d. Zeitschr. f. Handelsr. Bd. XVIII S. 613 f.

[13]) S. Mittermaier, Die Handelsgesetzgebung in Italien in d. Zeitschr. f. Handelsr. Bd. XI, S. 327 f., XIV 14 S. 384, 15 S. 200, 201. Sachs in d. Zeitschr. f. Handelsr. Bd. XVIII S. 615.

deren Einzahlung versprochen worden, sondern nur für solche, die vor erfolgter Ausstellung wirklich in die Kasse der Gesellschaft eingezahlt sind. Die Bestätigung der Stiftung und der Statuten der namenlosen Gesellschaften ist dem Handelstribunal des Bezirks, wo die Gesellschaft errichtet wird, übertragen (293); die Bestätigung der Statuten durch das Staatsoberhaupt ist erforderlich, wenn die Gesellschaft noch weiterer Ausnahmen vom allgemeinen Recht bedarf. „Sollen die namenlosen Gesellschaften eines ihnen durch die Krone zu ihrem bessern Gedeihen bewilligten Privilegiums geniessen, so müssen sie ihre Statuten der Genehmigung des Souveräns unterwerfen" (294).[14])

Der Codigo commercial do Imperio do Brasil 1850, macht die Errichtung der sociedades anonymas von der Genehmigung der Regierung, und bei Genehmigung eines Privilegiums noch von der Genehmigung der gesetzgebenden Versammlung abhängig.[15]) Das Spanische Gesetzbuch liegt auch dem Portugiesischen Handelsgesetzbuch „Codigo comercial Portuguez" 1833 (Art. 538—546) zu Grunde.[16])

An diese beiden Gesetzbücher wiederum lehnt sich an das Handelsgesetzbuch für den Staat Buenos Ayres „Codigo de comercio para datado de Buenos-Ayres, sancionado por las honorables camaras el 6 de Octobre de 1859". Die Errichtung der Aktiengesellschaften ist von der Genehmigung durch die Staatsregierung abhängig, die auch das Recht hat (Art 422) die Gesellschaft aufzulösen, sobald sie der Ansicht ist, dass die Gesellschaft ihren Zweck nicht zu erreichen vermag. Dies Gesetzbuch ist durch Gesetz vom 10. September 1862 als Handelsgesetzbuch für den Argentinischen Freistaat erklärt.[17])

Das am 23. November 1865 publizirte, am 1. Januar 1867 in Kraft getretene Codigo de comercio de la república de Chile ist eine selbständige, mit Benützung des Französischen Rechts und des Spanischen, Portugiesischen sowie des Brasilianischen Gesetzbuches verfasste Arbeit, dessen Titel 7 von der Sozietät (Kollektivgesellschaft, Aktiengesellschaft, Kommanditgesellschaft — einfach und auf Aktien, Gelegenheitsgesellschaft) handelt.[18])

Durch Memorandum vom 18. Mai 1848 ist von der Pforte ein „Code de commerce", dessen Artikel 20—35 von der société anonyme handeln, den Gesandtschaften angezeigt worden.[19])

Der Kanton Genf hat durch das Gesetz der Gesellschaften vom 29. August 1868 und 13. Januar 1869 das französische System der Normativvor-

---

[14]) Deutsch von Schumacher. Hamburg 1832. — Ueber das spanische Dekret betr. die Gründung einer Nationalbank auf Aktien vom 19. März 1874. Preuss. Handelsarchiv 1874, I S. 425.

[15]) Deutsch von Borchard u. Stolp. Berlin 1856.

[16]) Goldschmidt, Handbuch des Handelsr. Bd. 1 S. 56—58. — Die einzige unvollständige Uebersetzung dieses Gesetzbuches in St. Joseph Concordance p. 1—142; vgl. auch F. Mittermaier in d. Zeitschr. f. Handelsr. Bd. VI S. 120, 129 f.

[17]) F. Mittermaier in der Zeitschr. f. Handelsr. Bd. VI S. 117 f., 485 f. Beilageheft dazu Bd. XII S. 26.

[18]) F. Mittermaier in d. Zeitschr. f. Handelsr. Beilageheft XII S. 27—28.

[19]) In der Bibliothek des Justizministeriums. Berlin.

schriften adoptirt. In den übrigen Schweizer Kantonen herrscht mit wenigen Ausnahmen (Graubünden, St. Gallen?) das Konzessionssystem und zwar theils auf Grund von Gesetzen, theils auf Grund der Praxis.[20]) In einigen Kantonen sind es die Handelsgesetzwerke (Freiburg v. J. 1850 Art. 37, 44, 46, 47) und die Civilgesetzwerke (Graubünden 1862 Art. 87, 90, 448, 449 — Schaffhausen 1864 Art. 21 — Solothurn 1848 Art. 1218—1233 — Zürich 1854 Art. 22—24, 1342—1365), die sich mit der Materie beschäftigen, in anderen Kantonen sind es die Gesetze über Gesellschaften, wie das Waadtländische Gesetz vom 14. Dezember 1852, das Gesetz des Kantons Wallis vom 29. November 1853, das Neuenburger Dekret vom 3. Dezember 1852, concernant les sociétes anonymes, wodurch die Art. 12—22 des Loi sur quelques matières commerciales von 1833 ergänzt werden. Ausführlich sind die Spezialgesetze von Genf,[21]) Bern[22]) vom 27. November bez. 12. Dezember 1861 und von Luzern vom 3. März 1853.

Das Aktienwesen in Russland ist durch ein 57 Artikel umfassendes Reglement[23]) vom 6. Dezember 1836 und durch Gesetz betreffend den Bau von Eisenbahnen und die Bildung von Eisenbahnaktiengesellschaften vom 30. März 1873[24]) geregelt.

In Schweden besteht eine Königl. Verordnung, betreffend Aktiengesellschaften (Aktienbelag) vom 6. Oktober 1878,[25]) in welcher die Nothwendigkeit der Staatsgenehmigung für alle Gesellschaften vorgeschrieben ist, welche Inhaber und Namenaktien haben und zugleich nach dem Prinzip der beschränkten Haftung aller Genossen gebildet sein wollen. (§ 1, 10, 11.) Für die Privat-Zettelbanken ist eine besondere Verordnung vom 12. Juni 1871 ergangen.[26])

In Dänemark giebt es neben einigen oktroirten Kompagnien (die alte Kopenhagener Seeassekuranzgesellschaft von 1746, die allgemeine Freie Assekuranz-Kompagnie von 1798, die Kopenhagener Assekuranz-Kompagnie mit dem Oktroi vom 24. März 1843) auch freie Aktiengesellschaften,[27]) deren Errichtung an keine andern Beschränkungen gebunden ist, als solche durch die in den Gesetzen vom 29. Dezember 1857 und 23. Januar 1862 vorgeschriebenen Publizität gegeben sind.

---

[20]) Nach den Mittheilungen von Fick in d. Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 13 S. 409 f. u. Renaud, Recht der Aktienges. S. 50, 53, 55.

[21]) Abgedruckt in d. Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 13 S. 327.

[22]) Abgedruckt in d. Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 5 S. 234.

[23]) Bei St. Joseph Concordance entre les codes de commerce étrangers et le code de commerce français. Paris 1844, 2 Edit. 1851 tom III p. 278 f.

[24]) Beilageheft zur Zeitschr. f. d. Handelsr. Bd. 23 S. 204, herausgegeben von Goldschmidt.

[25]) Abgedruckt in der Zeitschr. f. Handelsr. Bd. IX S. 351 f.

[26]) Abgedruckt in d. Zeitschr. f. Handelsr. XX S. 480 f.

[27]) Aagesen, „Om Interessents kaber“ Kopenhagen 1877. — Hagstroem, Om Aktenbolag enligt Svensk. rätt. Upsala 1872 S. 269.

In Nordamerika gilt das alte englische Recht, soweit die Materie nicht in den einzelnen Bundesstaaten durch Spezialgesetze geregelt ist.[28])

V. Die Literatur[29]) des deutschen Aktiengesellschaftsrechts zerfällt in zwei Massen, in Arbeiten, die vor dem H.G.B. liegen und in solche, die sich an das H.G.B. anschliessen.

A. Zur ersteren Kategorie gehören:

Von Dissertationen, die bereits § 4 erwähnten, die öffentlichen Handelskompagnien berührenden, von Bachow ab Echt 1730 und von Pauli 1751, sodann die von Sintenis de societate quaestuaria quae dicatur „Aktiengesellschaft", Lips. 1837 und Füssel societates inominatae (Aktiengesellschaften) in quantum sequuntur romani juris de societatibus principia, Lips. 1842.

Kritz, Ueber das Wesen eines Aktionärs, und dessen Sammlung von Rechtsfällen, Bd. III (1841), N. XIV S. 311—353.

Treitschke, Einige Fragen, Aktiengesellschaften betreffend, in der Zeitschrift für deutsches Recht, Bd. V (1841) S. 324—353.

Meno Pöhls, Das Recht der Aktiengesellschaften mit besonderer Rücksicht auf die Eisenbahngesellschaften, Hamburg 1842.

Günther, „Observationes de consociationibusquae: Aktiengesellschaft dicitur," Lips. 1842.

Weiske, Ein juristischer Beitrag zur Gesetzgebung über Aktienvereine in Pölitz, Jahrbücher der Geschichte und Politik, Bd. I (1842) S. 244—273.

Marbach, Ein Wort über den Rechtskarakter der Aktienvereine, Leipzig 1844.

Brackenhoeft in Weiske's Rechtslexikon, Bd. V (1844), S. 83—95, Ueber anonyme Gesellschaften.

Jolly, Das Recht der Aktiengesellschaften (1847), in der Zeitschr. für deutsches Recht, Bd. XI S. 317—449.

Reyscher, Ueber das Verhältniss der Aktionäre zu den Gläubigern der Aktiengesellschaften (1852) in der Zeitschr. für deutsches Recht, Bd. XIII S. 382 f.

Unger, Zur Lehre von den juristischen Personen in der Kritischen Ueberschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft Bd. VI (1858) S. 183 f.

R. Hermann, Der Rechtskarakter der Aktienvereine, Leipzig 1858.

Vogt, Zur Theorie der Handelsgesellschaften, insbesondere der Aktiengesellschaft, in der Zeitschr. für das gesammte Handelsrecht, Bd. I (1858) S. 447—538.

---

[28]) Vgl. Fick in d. Zeitschr. f. Handelsr. Bd. V S. 59, Bd. XIII S. 399. Daselbst Bd. XIII S. 517 f. sind die Gesetze des Staates New-York über Gesellschaften mit beschränkter Haftbarkeit abgedruckt. — Eins der neuesten Gesetze ist das für den Distrikt Columbia vom Kongress gegebene Gesetz vom 5. Mai 1870: Acte to provide for the creation of corporations in the district of Columbia by general law. Dasselbe schliesst sich an die Gesetze der Staaten Massachusetts und Pensylvanien an.

[29]) Eine besprechende Uebersicht bei Renaud, Recht der Aktiengesellsch. S. 55—68.

Goldschmidt, Der Lucca-Pistoja Aktienstreit, Frankfurt a/M. 1859. Nachtrag 1861.

Dietzel, Die Besteuerung der Aktiengesellschaften, Köln 1859.

Bekker, Zweckvermögen, insbesondere Peculium und Handelsvermögen und Aktiengesellschaften in der Zeitschr. für das gesammte Handelsrecht. Bd. IV (1880) S. 565 f. (kurz zitirt Zeitschr. für Handelsrecht).

B. Der Periode nach dem H.G.B. gehören an:[30])

W. Auerbach, Das Gesellschaftswesen in juristischer und volkswirthschaftlicher Hinsicht unter besonderer Berücksichtigung des Allg. deutschen H.G.Bs., Frankfurt a/M. 1861, S. 184—407; von Goldschmidt in der Zeitschr. für Handelsrecht Bd. V (1862) S. 633—641 und „Das Aktienwesen", Frankfurt a/M. 1873.

Renaud, Das Recht der Aktiengesellschaften, Leipzig 1863, zweite, vermehrte und verbesserte Auflage, Leipzig 1875, dazu Laband in der Zeitschr. für Handelsrecht Bd. VII (1864) S. 617—633; Wiener in derselben Zeitschr. Bd. XXI (1876) S. 596—608, und Kuntze in der Kritischen Vierteljahrs-Schrift Bd. VI (1864) S. 53 f.

Weinhagen, Das Recht der Aktiengesellschaften nach dem Allg. deutschen H.G.B. und dem preussischen Gesetz vom 15. Februar 1864, Köln 1866.

Regelsberger, Die Einladung zur Aktienzeichnung ein Angebot? in dessen zivilrechtlichen Erörterungen, Heft 1, Weimar 1868, S. 52 f. und Beiträge zur Lehre von der Haftung der Behörden und Beamten der Aktiengesellschaften, Giessen 1872.

Endemann, Das Bundesgesetz vom 11. Juli 1870 aus den Materialien erörtert, Berlin 1870 und das Recht der Aktiengesellschaften, der Kommanditgesellschaften auf Aktien und der Genossenschaften, Nachtrag zu dessen Darstellung des deutschen Handelsrechts, 2. Aufl. (1861), Heidelberg 1873.

Keyssner, Die Aktiengesellschaften und die Kommanditgesellschaften auf Aktien unter dem Reichsgesetz vom 11. Juni 1870, Berlin 1873 und Bilanz, Erneuerungsfond, Reservefond der Aktiengesellschaften, Baarzinsen und Gewinnvertheilung, Berlin 1872.

Munzinger und Lützberger, Gutachten, betreffend die rechtlichen Verhältnisse zwischen den Aktionären der Aktiengesellschaft Leu et Comp. in Zürich und der Vorsteherschaft, Zürich 1872. Bluntschli, Rechtsgutachten über denselben Gegenstand, Zürich 1872. Munzinger, Antwort auf die Rechtsgutachten der Professoren Dr. Regelsberger und Dr. Bluntschli, betreffend die Verantwortlichkeit der Vorsteherschaft der Aktiengesellschaft Leu & Remy, Bern 1872. Dazu Bekker in der Zeitschr. für Handelsrecht, Bd. XVII (1872) S. 632—646.

Meili, Die Lehre von den Prioritätsaktien, Zürich 1874.

Thöl, Der Erwerb eigener Aktien, dessen Praxis des Handelsrechts und Wechselrechts, 1. Heft, Leipzig 1874, S. 33—40.

---

[30]) Voigtel, Uebersicht der Literatur des deutschen Handelsrechts seit Entstehung des Allg. deutsch. H.G.Bs. Berlin 1876.

J. F. E. Hahn, Ueber die aus der Zeichnung von Aktien hervorgehenden Rechtsverhältnisse, Strassburg 1874. Dazu Wiener in d. Zeitschr. für Handelsrecht, Bd. XXI S. 333—342.

Zur Reform des Aktiengesellschaftswesens. Drei Gutachten auf Veranlassung der Eisenacher Versammlung abgegeben von H. Wiener, Goldschmidt und Behrend, Leipzig 1873.

v. Strombeck, Ein Votum zur Reform der deutschen Aktiengesetzgebung, Berlin 1874, 66 S.

H. F. Hecht, Die Kredit-Institute auf Aktien und auf Gegenseitigkeit, 1. Bd. Das Börsen- und Aktienwesen der Gegenwart und die Reform des Aktiengesellschaftsrechts, Mannheim 1874, 366 S.

Stenglein-Mittelstadt, Gutachten über das Verschweigen des Gründergewinns bei Gründung von Aktiengesellschaften. Verhandlungen des 14. deutschen Juristentags, Bd. 2, S. 89 f.

Molle, Die Lehre von den Aktiengesellschaften, Berlin 1858, 8°, 208 S.

H. Löwenfeld, Das Recht der Aktiengesellschaften. Kritik und Reformvorschläge, Berlin 1879, 8°, 583 S.

Zahlreiche Abhandlungen über das Aktiengesellschaftsrecht sind in den juristischen Zeitschriften zu finden, wie:

H. Witte, Erörterungen zum Recht der Aktienvereine in der Zeitschr. für das gesammte Handelsrecht Bd. VIII (1865), S. 1—27.

Bekker, Beiträge zum Aktienrecht in derselben Zeitschr., Bd. XVI (1871) S. 32—85 und Bd. XVII (1872) S. 379—465.

Renaud in derselben Zeitschr., Die Klage des Aktionärs gegen die Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsraths der Aktiengesellschaft, Bd. XII (1868) S. 1—33 und Bd. XIII (1869) zur Lehre von der Fortsetzung einer auf bestimmte Zeit errichteten Aktiengesellschaft S. 141—166.

Wiener in derselben Zeitschr. über die Errichtung der Aktiengesellschaft und die Gründerverantwortlichkeit, Bd. XXIV (1879), S. 1—85 und 450 bis 490 und Bd. XXV S. 1—76.

Plathner in Gruchot, Beiträge Bd. XXII S. 145—179 von der Sukzession im Antheilsrechte an Gemeinschaften, besonders Aktiengesellschaften und Bd. XXI S. 149 ff. und 364 ff. über den Rechtskarakter der Aktiengesellschaft des Handelsgesetzbuchs und über die Entstehung der Aktiengesellschaft.

C. Von den Lehrbüchern des Handels- und Zivilrechts, in welchen die Materie des Aktiengesellschaftsrechts abgehandelt wird, seien erwähnt:

Brinckmann, Lehrbuch des Handelsrechts, Heidelberg 1853, S. 232—259.

Thöl, Das Handelsrecht. Erster Band, sechste Auflage, Leipzig 1879, S. 410—540.

Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts, Berlin 1873, S. 918—928. O. Gierke, Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft, Berlin 1868, S. 990— 1029.

Dernburg, Lehrbuch des Preuss. Privatrechts (1878), Bd. II S. 602—621.

D. Ueber ausländische Literatur vergl. Renaud, Das Recht der Aktiengesellschaften S. 65—68 und

M. Vavasseur, traité theorique et publique des sociétés par actions (avec formules) contenant un commentaire de la loi du 24 Juillet 1867. Paris 1868.

J. Bédarride, commentaire de la loi du 24. Juillet 1867 sur les sociétés en commandite par actions, anonymes et cooperatives 2. tom. Paris 1871. Guillery, Des sociétés commerciales en France. Commentaire legislatif de la loi du 18. Mai 1873. Bruxelles.

Précis de droit commercial par Ch. Lyon-Caen et L. Renault (Paris 1879). Vidari, Corso di diritto commerciale. Milano 1878, Vct. II p. 347—573.

Lindley, a treatise of the law of partnership including the application to companies 3 d ed. London 1873.

Shelford, The law of joint-stock. companies containing the companies-act. 1862 and the acts in corporated therewith. London 1866.

Smith, A. summary of the law of companies 8, 78 p., London, Stevens & Haynes. 1878.

J. Hagsstroem, von Aktiebolag enligt Svenst raht. Upsala 1873. Besprochen von Reuling in der Zeitschr. für Handelsrecht Bd. XXI S. 346, 347.

The Act for the formation of corporations for manufacturing mining mechanical, chemical, agricultural, curative mercantile commercial propose. With the amendements 12° (57 p.). New-York, Baker, Voerchis et Co.

B. Die Enstehung der Aktiengesellschaft.

§ 114.

1. Die Elemente der Aktiengesellschaft. Die Registrirung.

Durch das Dogma „keine Aktiengesellschaft ohne Eintragung“ ist die Anwendung der durch das Gesetz an den Begriff „Aktiengesellschaft“ gelehnten Rechtsregeln an eine doppelte Voraussetzung geknüpft: Es muss nicht blos ein Rechtsgeschäft vorliegen, welches die natürlichen Wesenheiten der Aktiengesellschaft in sich vereinigt, sondern es muss auch der Akt der Registrirung wirklich vollzogen sein, was wiederum voraussetzt, dass die für die Errichtung der Aktiengesellschaft gegebenen Normativvorschriften erfüllt sind.

I. **Keine Aktiengesellschaft ohne Registrirung.** Seit der Novelle von 1870 giebt es nur noch registrirte Aktiengesellschaften, vorher [1]) war die Registrirung nur eine Nothwendigkeit für die Handelsaktiengesellschaft, für die Zivilaktiengesellschaft nur insoweit, als dies landesgesetzlich vorgeschrieben war. Damit ist noch nicht den Rechtsgeschäften der im Stadium vor der Registrirung befindlichen Aktienvereine, sowie den Vereinigungen, die sich als Aktiengesellschaften geriren, ohne sich um die Registrirung zu bewerben, jede Rechtswirkung

---

[1]) O.H.G. vom 20. November 1872 Bd. VIII S. 59, 60.

versagt.[2]) Es greift nicht das Aktiengesellschaftsrecht, sondern nur das Allgemeine Recht Platz. Und diese Schranke ist auch für die Privatautonomie der Genossen unüberwindlich, weil das Gebot des Gesetzgebers, dass die anormalen das Aktiengesellschaftsrecht ausmachenden Rechtsregeln nur rücksichtlich derjenigen Personen gelten sollen, welche sich der Registrirung und deren Vorbedingungen unterwerfen, zu den absoluten der Aenderung durch den Privatwillen entzogenen Rechtsnormen gehören. Indess sind nicht alle Eigenschaften der Aktiengesellschaft Eigenthümlichkeiten derselben. Manche, wie z. B. der Gebrauch der Majoritätsbeschlüsse, die Zulassung der Veräusserlichkeit und Vererblichkeit der Gesellschaftsantheile, die Ausstellung von Betheiligungsscheinen — au porteur — lassen sich schon aus dem allgemeinen Recht konstruiren, so dass derartige, sich innerhalb dieser Grenzen bewegende Satzungen der Gesellschaftsverträge auf Rechtsschutz Anspruch haben, auch wenn damit in Vereinen der täuschende Schein von Aktiengesellschaften erregt werden sollte.[3]) Die „Bubbles“ zeigen, wie bedenklich eine solche Praxis wirken kann.

Die durch die Novelle von 1870 noch verschärfte Vorschrift des Artikel 211

> „Die vor der Eintragung ausgegebenen Aktien der Aktienantheile sind nichtig. Die Ausgeber sind den Besitzern für allen durch die Ausgabe verursachten Schaden solidarisch verhaftet. Wenn vor erfolgter Eintragung in das Handelsregister im Namen der Gesellschaft gehandelt worden ist, so haften die Handelnden persönlich und solidarisch“.

ist ähnlich wie die Bubbleakte zur Bekämpfung solcher Missbräuche bestimmt. Die Solidarität der Haftung kann von dem Dritten angerufen werden, der sich sonst nach dem allgemeinen Recht den Einwand entgegensetzen lassen müsste, dass der Handelnde für seine Person gar nicht oder nur pro rata hafte. Die über die Gesellschaftsbetheiligung, sei es auf Namen oder auf Inhaber ausgestellten und in Zirkulation gesetzten „Aktien“ genannten Dokumente entbehren des Rechtsschutzes, auf welchen sie nach dem positiven Recht Anspruch haben würden.[4])

II. **Aber auch keine Registrirung ohne Aktiengesellschaft.** Die Registrirung hat keine rechtserzeugende Kraft, sie ist nicht wie das Oktroi ein Ausfluss der Gesetzgebung, sondern nur ein Verwaltungsakt, ein Ausspruch, welchen der Staat

---

[2]) Vgl. Endemann, Das Gesetz von 1870 S. 5. — Anschütz, Ueber die Klagbarkeit eines Aktiengesellschaftsvertrages vor erfolgter staatlicher Genehmigung unter Mittheilung eines Rechtsfalls in Siebenhaar, Archiv für deutsch. Wechsel- und Handelsrecht Bd. 13, S. 43 f. Goldschmidt, Ueber die Staatsgenehmigung in d. Zeitschr. f. Badische Verw. 1869 Nr. 19.

[3]) Auf diesem Wege sind einst die Aktienkommanditgesellschaften in den Rechtsgebieten des allgemeinen preussischen Landrechts entstanden und von der Praxis auch anerkannt worden. Vgl. Entsch. des Obertribunals vom 4. April 1857, 4. Februar 1851 und 21. Juni 1866 in Strithorst, Archiv für Rechtsfälle Bd. XXIV S. 166, Bd. LXIII S. 256 und Zeitschr. f. Handelsr. Bd. II S. 143. — Vgl. auch die Fälle in der Entscheidung des O.H.G. Bd. XVIII S. 344, Bd. XXI S. 80 und 307. — Entscheidung des Obertribunals Berlin vom 7. Juli 1870 Bd. LXIV S. 113.

[4]) Vgl. Ladenburg, Die Nichtigkeit der Aktien. Centralorgan. N. F. Bd. IX S. 284—286 und über die rechtlichen Folgen der Nichtbeobachtung der Förmlichkeiten bei Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien in d. Zeitschr. f. Handelsr. Bd. XV S. 33—54; und § 127.

in seiner Eigenschaft als Justizverwaltung durch die mit der Registrirung betrauten Justizbehörden dahin thut: dass der Thatbestand, an welchen das Gesetz die Anerkennung als Aktiengesellschaft knüft, im konkreten Fall vorhanden sei. Dieser Thatbestand wird durch die Registrirung nicht geschaffen, sondern nur konstatirt. Ein Rechtsverhältniss, welchem die Wesenheiten der Aktiengesellschaft fehlen, erlangt diese Qualität nicht durch die Registrirung, d. h. trotz der Registrirung finden nicht die Vorschriften des Aktiengesellschaftsrechts, sondern die dem Rechtsverhältniss seiner Natur nach pro not zukommenden Regeln des allgemeinen Rechts Anwendung. Die im Art. 209 enthaltene Aufzählung der Erfordernisse, welche der dem Registerrichter vorzulegende Gesellschaftsvertrag haben soll:

„Der Gesellschaftsvertrag muss insbesondere bestimmen:

1. Die Firma und den Sitz der Gesellschaft.

2. Den Gegenstand des Unternehmens.

3. Die Zeitdauer des Unternehmens, im Falle dasselbe auf eine bestimmte Zeitdauer beschränkt sein soll.

4. Die Höhe des Grundkapitals und der einzelnen Aktien oder Aktienantheile.

5. Die Eigenschaft der Aktien, ob sie auf Inhaber oder auf Namen gestellt werden, ingleichen die etwa bestimmte Zahl der einen oder der andern Art, sowie die etwa zugelassene Umwandlung derselben.

6. Die Bestellung eines Aufsichtsraths von mindestens Drei aus der Zahl der Aktionäre zu wählenden Mitglieder.

7. Die Grundsätze, nach welchen die Bilanz aufzunehmen und der Gewinn zu berechnen und auszuzahlen ist, sowie die Art und Weise, wie die Prüfung der Bilanz erfolgt.

8. Die Art der Bestellung und Zusammensetzung des Vorstandes und die Formen für die Legitimation der Mitglieder desselben und der Beamten der Gesellschaft.

9. Die Form, in welcher die Zusammenberufung der Aktionäre erfolgt.

10. Die Bedingungen des Stimmrechts der Aktionäre und die Form, in welcher dasselbe ausgeübt wird.

11. Die Gegenstände, über welche nicht schon durch einfache Stimmenmehrheit der auf Zusammenberufung erschienenen Aktionäre, sondern nur durch die grössere Stimmenmehrheit oder nach anderen Erfordernissen Beschluss gefasst werden kann.

12. Die Form, in welcher die von der Gesellschaft ausgehenden Bekanntmachungen erfolgen, sowie die öffentlichen Blätter, in welche dieselben aufzunehmen sind"

macht auf Vollständigkeit keinen Anspruch. Die Bedeutung dieser Vorschrift ist eine lediglich instruktionelle, eine Hinweisung des Registerrichters und des Publikums auf diejenigen Punkte, auf welche bei Abfassung und bei Prüfung der Statuten vorzüglich Bedacht genommen werden soll.[5]

---

[5]) Keyssner, Allgemeines deutsches H.G.B. nach Rechtsprechung und Wissenschaft (Stuttgart 1858) S. 186. — Wiener in d. Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 24 S. 41. — Vgl. aber Thöl, Handelsr. S. 435.

Welches sind nun die Elemente und die Essentialien der deutschen Aktiengesellschaft? Nach der bisherigen Entwickelung lässt sich die Aktiengesellschaft vorläufig als eine korporative nach den Systemen der Veräusserlichkeit der Mitgliedschaft und der beschränkten Beitrags- und Haftpflicht aller Genossen gebildete handelsrechtliche Gewerbegesellschaft definiren. Ein Rechtsgeschäft ist demnach Aktiengesellschaft, wenn es folgende Eigenschaften in sich vereinigt:

I. Es muss da sein eine Mehrheit von Personen. Manche neueren Gesetzgebungen wie England, Frankreich, Belgien haben den Gedanken, dass das Recht der Aktiengesellschaft der kleinen Vergesellschaftung verschlossen bleiben soll, dadurch Ausdruck gegeben, dass für die Errichtung jeder Aktiengesellschaft die Mitwirkung von mindestens sieben Personen gefordert wird. Die deutsche Gesetzgebung hat diesen Weg nicht beschritten. An und für sich würden daher zwei Kontrahenten genügen, denn das Wesen der grossen Majoritätsverbände besteht gleich dem der Korporation nicht in der Anzahl [6]) der zu Anfang vorhandenen Mitglieder, sondern vielmehr darin, dass alle Einrichtungen der Vereinigung auf die Beherbergung einer grossen Anzahl Participanten berechnet sind. Durch die Novelle von 1870 ist ein aus mindestens drei Aktionären bestehender Aufsichtsrath obligatorisch gemacht. Hierdurch wird die Anzahl der für die Begründung einer Aktiengesellschaft nothwendigen Theilnehmer auf die Zahl drei erhöht, wenn man nämlich unterstellt, dass sich die drei Urkontrahenten als Aufsichtsrath wählen, und dass sie ferner, was zulässig ist, einen Nichtaktionär als Vorstand bestellen.

II. Zwischen den Begründern muss eine Vereinbarung über die gegenseitigen Rechte und Pflichten zu Stande gekommen sein. Das Rechtsverhältniss der Aktiengesellschaft ist kein einseitiges Rechtsgeschäft, wie z. B. die Stiftung, [7]) sondern ein Vertrag, und zwar ein obligatorischer, kein Realvertrag. [8]) Die Einigung als solche ist die ausschliessliche Quelle der durch die Abschliessung des Aktiengesellschaftsvertrags begründeten Obligation und dies gilt sowohl für die Zeit **vor** als für die Zeit **nach** der Registrirung, wennschon der Inhalt der Obligation in beiden Zeitpunkten nicht derselbe ist (§ 116).

III. Die Vereinbarung betrifft zunächst den Betrieb eines gewerblichen

---

[6]) Tres faciunt collegium. — Für die Gewerkschaft des deutschen Bergrechts sind acht Gewerke nothwendig, für die moderne des preussischen Berggesetzes vom 24. Juni 1865 nur zwei, aber die Zahl der gewerkschaftlichen Antheile, Kuxe, kann von 100 bis auf 1000 durch das Statut bestimmt werden.

[7]) Kollektivstiftung und Stiftung als allgemeiner Rechtsbegriff im Privatrecht die Schöpfung einer Vermögensphäre, Zeugung einer juristischen Person durch einen solennen Willensakt derjenigen zu diesem Behuf zusammentretenden Personen, welche der zu schaffenden Persönlichkeit zugleich eine ökonomische Ausstattung geben; vgl. Kuntze, Prinzip und System der Handelsgesellschaften in d. Zeitschr. f. Handelsr. Bd. VI S. 230 f.

[8]) Witte, Zeitschr. f. Handelsr. Bd. VIII S. 25 führt die Forderung der Aktionäre auf die Thatsache zurück, dass aus ihren Mitteln die Grundlage für die Aktiengesellschaft geschaffen ist.

Unternehmens für gemeinschaftliche Rechnung unter einer Firma von einem bestimmten Sitz aus, und auf eine gewisse Zeit.

1. Der Gegenstand des Unternehmens. Seit der Verschmelzung der Zivilaktiengesellschaft mit der Handelsaktiengesellschaft kann jedes erlaubte Gewerbe, d. h. jede unter dem zivilrechtlichen Begriff des gewerbsmässigen Betriebs von Geschäften fallende Erwerbsthätigkeit in Form der Aktiengesellschaft betrieben werden. Ausgeschlossen von der Aktiengesellschaft sind damit alle vereinzelten in das Gebiet der sogen. Gelegenheitsgesellschaft (Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung — associatons commerciales momentanées oder en participation — Konsortialgeschäft [9]) fallenden Unternehmen, so ferner alle auf nicht erwerbsthätigen Zweck abzielenden Vereine (§§ 106, 102). Das Unternehmen, zu welchem die Aktiengesellschaft begründet wird, muss genügend individualisirt sein. Wenn bei der kleinen Vergesellschaftung die Spezialisirung des Zweckes fehlt, so wird angenommen, dass der Betrieb von Erwerbsgeschäften oder von Handelsgeschäften überhaupt in den Bereich der Gemeinschaft fallen soll. Diese Annahme würde bei der Aktiengesellschaft wegen der Beschränktheit der Mittel der Natur der Sache widersprechen. Eine feste Begrenzung des Aktiengesellschaftszweckes ist eine wirthschaftliche Nothwendigkeit, [10]) dies schliesst jedoch weder die Kumulation mehrerer Geschäftszweige noch die rechtliche Anerkennung des Willens aus, dass der Gegenstand des Unternehmens einer Aktiengesellschaft in dem Betrieb von Handel oder Gewerbe schlechthin bestehen soll. Aber ein solcher Wille muss ausdrücklich erklärt sein.

2. Die Firma der Aktiengesellschaft empfängt ihre Besonderheit aus dem Umstand, dass Keiner der Betheiligten mit seiner Person und seinem Kredit für das Unternehmen eintreten will, „sie muss in der Regel [11]) von dem Gegenstand des Unternehmens entlehnt sein, der Name von Gesellschaften oder anderen Personen darf in die Firma der Aktiengesellschaft nicht aufgenommen sein“ (Art. 18). Ueblich aber nicht gesetzlich [12]) vorgeschrieben ist es, dass das Wort „Aktiengesellschaft“ in der Firma vorkommt.

---

[9]) Für das sg. Konsortialgeschäft reichen die deshalb auch in den modernen Gesetzbüchern im Wesentlichen rezipirten Vorschriften des römischen Rechts aus und zwar ohne Unterschied, ob es sich dabei um grosse oder kleine Summen handelt. Konsortialgeschäfte, welche sehr grosse Kapitalien erheischten, waren z. B. im Alterthum die Konsortien der Staatspächter, welche den Zuschlag der öffentlichen Gefälle vom Staat erhielten (§ 3); auch die bei Livius, Hist. lib. 23 c. 48 erwähnten Konsortien für Armeelieferungen (als das Heer während der punischen Kriege Mangel litt und der Staatsschatz Mangel litt, wurde die Verproviantirung öffentlich ausgeschrieben, unter dem Bedung, dass Zahlung erfolgen solle, wenn Geld im Staatsschatz sein werde. Es meldeten sich drei Konsortien von 19 Personen, welche den Zuschlag erhielten).

[10]) Löwenfeld, Das Recht der Aktiengesellschaft S. 77 ff.

[11]) Die Praxis lässt die Fortführung der alten Firma mit dem Zusatze vormals zu, wenn eine Aktiengesellschaft ein altes Geschäft mit der Firma übernommen hat; vgl. Keyssner, Handelsgesetzbuch nach Rechtsprechung und Wissenschaft. Stuttgart 1878. — Nach der Entscheidung O.H.G. Bd. XVIII S. 420 gilt der bei österreichischen Gesellschaften vorkommende Zusatz „K. K.“ als ein unerheblicher Beisatz der Firma.

[12]) Art. 14, Ungar. H.G.B.

3. Sitz der Aktiengesellschaft. Der Vertrag muss einen bestimmten Ort bezeichnen, an welchem die Gesellschaft ihren Sitz haben soll. Bei dem Gericht, in dessen Bezirk dieser Ort liegt, ist ihr juristischer Mittelpunkt, der Gerichtsstand, wo sie Recht nehmen muss, wo das Handelsregister über sie geführt wird, und der Konkurs eröffnet wird.[13]) Nach § 23 der Zivilprozessordnung ist dies Gericht auch für Klagen zuständig, welche von der Aktiengesellschaft gegen ihre Mitglieder als solche oder von den Mitgliedern in dieser Eigenschaft gegen einander erhoben werden. Es ist nicht nothwendig, dass dieser Sitz mit dem faktischen örtlichen Mittelpunkt der Geschäfte (Handelsetablissement, Geschäftslokal) oder dem Wohnsitz der Direktion zusammenfällt.[14]) Jede Aktiengesellschaft kann nur **einen** Sitz, also nur **einen** ordentlichen Gerichtsstand, wohl aber daneben noch ausserordentliche Gerichtsstände haben.[15])

4. Endtermin. Das holländische H.G.B. (Art. 46) gestattet nur Aktiengesellschaften auf bestimmte Zeit. Die Nürnberger Konferenz hat den gleichen Vorschlag des Preussischen Entwurfes (Art. 182) abgelehnt. Die Aktiengesellschaft kann auf bestimmte oder unbestimmte Zeit errichtet werden. Die Kontrahenten sollen sich hierüber aussprechen. Wenn der Endtermin im Vertrage nicht fixirt ist, so besteht die Gesellschaft so lange fort, bis ein Auflösungsfall eintritt.

5. Der gemeinsame Zweck des Gewerbebetriebes besteht wie bei allen Gewerbegesellschaften in der Erzielung eines zur Vertheilung unter die Theilnehmer bestimmten Gewinnes. Alle Einrichtungen bei der Aktiengesellschaft sind auf die jährliche Vertheilung des Reingewinnes berechnet. Die Aktiengesellschaft ist daher eine Dividendengesellschaft im eminenten Sinne. Doch ist die jährliche Vertheilung keine Zwangspflicht (§ 125).

IV. Die zur Durchführung von Aktienunternehmen in Aussicht genommenen Mittel bestehen nicht wie bei der kleinen Vergesellschaftung in der Arbeitskraft und dem Kredit sämmtlicher Theilnehmer, sondern einzig und allein aus einem die absolute Grenze der Beitrags- und Haftpflicht aller gegenwärtigen und zukünftigen Genossen bildenden Anlags- und Betriebskapital — dem Grundkapital —. Dasselbe muss daher von vorne herein seiner Höhe und Beschaffenheit nach fixirt sein. Es muss ferner die Einlage eines jeden Theilnehmers bestimmt sein, d. h. es muss feststehen, welcher Theil des Grundkapitals von Jedem bei Errichtung der Aktiengesellschaft Mitwirkenden eingeschossen werden soll. Das System des Geldgrundkapitals und der Geldnominalbeträge der Aktien-

---

[13]) O.H.G. vom 16. Septbr. 1876 Bd. XXI S. 36.

[14]) O.H.G. vom 25. Mai 1875 Bd. XVII S. 315, Entscheidung des O.T.B. Berlin vom 10. Novbr. 1873 Bd. 71 S. 32 und vom 28. April 1875 Bd. 75 S. 431; in dem letzteren Erkenntniss ist auch ausgeführt, dass erst der wirkliche Gewerbebetrieb die Steuerpflichtigkeit der Aktiengesellschaften begründe, nicht aber schon die Registrirung, welche an und für sich noch nicht als Beginn des Gewerbebetriebes im Sinne der Steuergesetze angesehen werde. — Die Praxis nimmt auch an, dass ein Zwang den Ort der Registrirung mit dem faktischen örtlichen Mittelpunkt in Einklang zu bringen, Seitens des Registerrichters nicht statthaft sei; vgl. Keyssner, H.G.B. S. 187.

[15]) O.H.G. vom 16. Januar 1874 Bd. XII S. 216.

gesellschaftsantheile — dass sowohl das Grundkapital, als die Theile, in welche dasselbe zum Zweck seiner Unterbringung von vorne herein zerlegt ist, auf eine bestimmte Geldsumme lauten müssen —, ist aus Zweckmässigkeitsgründen auch für den Fall ausgedehnt worden, wenn das Grundkapital nicht ausschliesslich aus Geld, sondern ganz oder theilweise aus andern Geldwerthen, Gütern, zusammengesetzt ist.

Eine nothwendige Konsequenz der Durchführung des Prinzips der beschränkten Beitrags- und Haftpflicht ist der Ausschluss der Kündigungs- und der Theilungsklage bis zum Endtermin der Gesellschaft, und diese Beschränkung wiederum führt zu der Nothwendigkeit der Zulassung der freien Vererblichkeit und Veräusserlichkeit der Mitgliedschaft. Aktie im engeren Sinne ist die nach diesen drei Prinzipien konstruirte Betheiligung bei einem gewerblichen Unternehmen, Aktionär ist, wer eine solche Betheiligung ursprünglich nimmt, oder erwirbt. Aktiengesellschaft daher ist jede korporativ organisirte Gewerbegesellschaft mit einem in Aktien getheilten Grundkapital.

V. Das letzte Attribut der Aktiengesellschaft ist ihr korporatives Element, ihre Begabung mit einer Verfassung, vermöge welcher die Verwaltung der inneren und äusseren Gesellschaftsangelegenheiten zwischen der Gesammtheit als Generalversammlung und zwischen dem von der Gesammtheit gewählten Vorstand getheilt ist und wodurch zugleich vermittelt wird, dass alle Rechte und Pflichten, sowie alle Aktiva und Passiva der Gesellschaft während deren Dauer nicht an die Person der einzelnen Mitglieder, sondern an die Gesammtheit der jeweiligen Mitglieder als Einheit gedacht, angelehnt werden können (§ 133). Spekulationsvereine, welche wie die Aktiengesellschaft auf einen absolut begrenzten, Vielen gehörigen Geschäftsfonds angewiesen sind, würden lebens- und verkehrsunfähig sein, wenn man auf ihre Geschäfts- und Vermögensverwaltung die den Bedürfnissen der kleinen Vergesellschaftung angepassten Grundsätze der römischen Sozietät und der modernen Handelsgesellschaft — Recht und Pflicht jedes einzelnen Gesellschafters zur Geschäftsführung, Einstimmigkeit für alle Beschlüsse, Anknüpfung aller den Gesellschaftszweck berührenden Rechten und Pflichten an die Person jedes einzelnen Sozius — anwenden wollte, auch würde es eine ernste Gefahr für die Rechts- und Verkehrssicherheit in sich schliessen, wenn man gestatten wollte, dass nach diesen Grundsätzen operirt würde. Die korporative Organisation der Aktiengesellschaft ist nicht nur ein Recht, sondern auch eine Pflicht der Aktionäre. Das Gesetz schreibt deshalb im Art. 227 ganz kategorisch vor, „jede Aktiengesellschaft muss einen Vorstand haben, sie wird durch denselben gerichtlich und aussergerichtlich vertreten". Das Gesetz verlangt ferner, dass jährlich wenigstens eine Generalversammlung stattfinden muss. Aus diesen beiden Sätzen lässt sich die Verfassung der Aktiengesellschaft konstruiren.

Das konkrete Rechtsgeschäft, welches als Aktiengesellschaft anerkannt und registrirt werden will, braucht sich nicht nothwendig über alle vorstehend aufgeführten Elemente der Aktiengesellschaft auszusprechen. Nothwendig ist aber Zweierlei. Nach der negativen Seite hin darf nichts darin enthalten sein, was

mit einem der Attribute der Aktiengesellschaft unvereinbar ist. Ein abweichender Wille würde das Rechtsgeschäft vernichten, oder in ein anderes verwandeln. Nach der positiven Seite hin muss eine schriftliche Vereinbarung da sein, aus welcher erhellt, dass sich drei oder mehrere Personen mit einander verbunden haben, um ein bestimmtes gewerbliches Unternehmen für gemeinschaftliche Rechnung unter einer gemeinschaftlichen Firma von einem bestimmten Sitz aus bis zu einem gewissen Endtermin mit einem in Aktien von einem bestimmten Geldnominalbetrag getheilten Grundkapital durch einen gewählten Vorstand, jedoch nicht vor erlangter Registrirung betreiben zu lassen. Damit ist der Aktiengesellschaftswille oder der Wille der Errichtung einer korporativen Gewerbegesellschaft nach dem System der absolut begrenzten Beitrags- und Haftpflicht aller Genossen manifestirt und damit ist der Thatbestand für die Anwendung der im Recht an den Begriff der Aktiengesellschaft geknüpften Rechtsregeln erbracht.

Die Perfektion des (von den Normativvorschriften losgelöst gedachten) Aktiengesellschaftsvertrages tritt ein, sobald der Konsens über alle Essentialien, sowie über alle zum Gegenstande der Vereinbarung gewordenen Naturalien und Aktiedentalien des Geschäfts in Schriftform erzielt ist.

Es sind hier noch die Zweifel zu berühren, ob die Vollzeichnung des Grundkapitals zu den Essentialien oder zu den Naturalien des Vertrages gehört. Die Frage kann auch so gestellt werden: gehört die Aufbringung des Grundkapitals durch rechtsgiltige Zeichnungen zu den absoluten oder zu den subsidiären Vorschriften des Aktiengesellschaftsvertrages.

Die Bejahung der Frage im ersteren Sinne führt zu der Konsequenz, dass die Aktiengesellschaft dem objektiven Recht gegenüber vor der Vollzeichnung nicht besteht. Die Aufbringung des ganzen Grundkapitals durch rechtsgiltige Zeichnungen wird damit zugleich die stillschweigende Voraussetzung für die Wirksamkeit aller Zeichnungen, so dass die Rechtsungiltigkeit auch nur einer einzigen Zeichnung alle übrigen Zeichner selbst nach der Registrirung zum Rücktritt berechtigt. Die Beschränkung dieser Konsequenz auf den Fall, wenn soviel Zeichnungen ungiltig sind, dass mit dem Rest des Grundkapitals der statutarische Zweck des Aktienunternehmens nicht zu erfüllen, lässt sich durch Rechtsgründe nicht rechtfertigen.[16])

Nach englischem Recht ist die Aufbringung des ganzen Grundkapitals keine Vorbedingung der Existenz der Aktiengesellschaft. Es genügt, wenn jeder der Unterzeichner des Associationsmemorandums eine Aktie gezeichnet hat. Das Publikum kann nicht getäuscht werden, denn es ersieht aus dem Register, wieviel von dem Grundkapital durch Unterschriften gedeckt ist und kann danach

---

[16]) Jolly l. c. S. 358. „Dies Resultat des strengen Rechts darf durch Rücksichten angeblicher Billigkeit nicht umgestossen werden. Wenn es zu hart erscheint, dass wegen mangelhaften Beitritts eines einzigen Mitgliedes die ganze Existenz gefährdet wird, so denke man an die Kehrseite des Bildes, dass vielleicht die Mehrzahl durch Betrügereien zum Beitritt veranlasst ist" u. s. w.; vgl. dagegen Renaud, R. der Aktiengesellschaft S. 294—296; Brinckmann, Handelsr. S. 244.

die Kreditfähigkeit des Unternehmens bemessen. Auch in den französischen Instruktionen von 1808 und 1817 ist die Konzession von Aktiengesellschaften gestattet, wenn deren Kapital nur mit $^1/_4$ untergebracht und eingezahlt ist.[17]) Im H.G.B. ist die Frage nicht ausdrücklich entschieden. In den preussischen, die Konzessionirung der Aktiengesellschaften betreffenden Verwaltungsreglements wird die Vollzeichnung verlangt, auch die deutsche Doktrin und Praxis haben sich im Prinzip für die Bejahung der Frage ausgesprochen, ohne jedoch alle Konsequenzen immer ziehen zu wollen,[18]) und in manchen Einführungsgesetzen des Handelsgesetzbuchs, z. B. in dem Hamburger vom 2. Dezember 1867, ist das Erforderniss gleichfalls aufgestellt. In der Novelle von 1870 ist der Nachweis der Aufbringung des Grundkapitals durch rechtsgiltige Zeichnungen als eine der Vorbedingungen der Registrirung erklärt. Die Vollziehung des Grundkapitals muss daher nunmehr zu den Essentialien des Vertrages gezählt werden.

VI. Einfluss der Registrirung auf die Perfektion des Aktiengesellschaftsvertrages. Die Registrirung ist keine Förmlichkeit des Rechtsgeschäfts, wie es z. B. die ähnliche gerichtliche Insinuation des römischen Rechts war,[19]) sondern eine in geheimer Sitzung des Registergerichts, des Sitzes der Aktiengesellschaft, vorgehende Amtshandlung, bei welcher jede Mitwirkung der Parteien ausgeschlossen ist. Die Registrirung erfolgt auf Grund einer Anmeldung des gewählten Vorstandes, sie darf erst erfolgen, nachdem sämmtliche Normativvorschriften erfüllt sind. Mit der Anmeldung sind dem Registerrichter alle über die Gründung der Aktiengesellschaft und die Erfüllung der Normativvorschriften sprechenden Urkunden zu überreichen und ist es die Aufgabe des Letzteren, dieses umfangreiche Material nicht blos nach der äusseren Legalität, sondern auch nach der inneren Vollständigkeit zu prüfen, was auch nicht ohne Zeitaufwand geschehen kann. Je nach dem Ausfall dieser Prüfung wird die Registrirung bewirkt oder versagt. Die Praxis hat auch eine Beanstandung eingeführt, d. h. die Hinausschiebung der Registrirung bis zur Beseitigung der vom Registerrichter gezogenen Monita. Gegen den definitiv oder provisorisch ablehnenden

---

[17]) Vgl. Locré Esprit l. c. p. 166. Pardessus droit commercial (Bruxelles 1833) tom II p. 1040. Bravard-Veyrières Traité de droit commercial (Paris 1862) t. I p. 331 f.

[18]) Brackenhoeft in Weiske's Rechtslexikon Bd. V S. 89. Pöhls Recht der Aktienges. S. 21. Renaud, Rechte der Aktienges. S. 294—296. Brinckmann, Handelsr. S. 244. Jolly in d. Zeitschr. f. deutsch. Recht Bd. XI S. 358. Entscheidung des Ob.App.Ger. Lübeck v. 22. Oktober 1846 (Seuffert Arch. Bd. II Nr. 290 und Hamburger Sammlung Bd. I S. 751 f.) und vom 13. Febr. 1862 (Wunderlich, Jurisprudenz des O.H.G. Lübeck Bd. II S. 290); Entscheidung des Ob.App.Ger. zu München vom 21. Februar 1868 (Seuffert Bd. 24 Nr. 56). — Vgl. auch O.H.G. vom 11. April 1876 Bd. 20 S. 279 f. und der Fall in d. Zeitschr. f. Handelsr. 20 S. 346.

[19]) Diese Förmlichkeit bestand darin, dass ein Rechtsgeschäft vor einer städtischen Kurie, oder auch vor der Kanzlei (officium) des Statthalters einer Provinz abgeschlossen und in das Gerichtsprotokoll (Acta, Gesta) wörtlich eingetragen wurde, wovon man den Betheiligten beglaubigte Abschriften mittheilte. Vgl. Savigny, Geschichte des R.R. im Mittelalter Bd. I §§ 27—29 und System Bd. III S. 241.

Bescheid ist kein Rechtsweg, aber die Beschwerde an die dem Registerrichter vorgesetzten Landesgerichte gestattet. Solchergestalt vergeht regelmässig eine gewisse Zeit nicht nur zwischen der civilistischen Perfektion des Vertrages bis zur Registrirung, sondern auch zwischen diesem letzteren Akt und der Anmeldung. Während dieser Zwischenzeit ist es sowohl für das Bewusstsein der Interessenten als auch objektiv ungewiss, ob es überhaupt zur Registrirung kommen wird oder nicht. Die Vorschrift von der Nothwendigkeit der Registrirung enthält somit keine blosse Zeitbestimmung, durch welche der Anfang des Rechtsverhältnisses zeitlich begrenzt wird, sondern eine dem Rechtsverhältniss von Rechtswegen anhängende Suspensivbedingung (conditio tacita, dies certus quando in certus) an. Bis zum Eintritt des als Bedingung gesetzten Ereignisses, also bis zur Vornahme oder Versagung der Registrirung bleibt das ganze Verhältniss der Hauptsache nach (§ 116) in der Schwebe. Erst durch die Registrirung gelangt es zur vollen Wirkung und erst mit diesem Akt ist die Gesellschaft wirklich konstituirt, d. h. reif zum Beginn der Geschäfte. Bis dahin kann es sich nur fragen, ob die Reife zur Registrirung vorhanden ist und dies ist der Fall, wenn zu der in diesem Paragraphen dargestellten civilistischen Perfektion die Erfüllung der Normativvorschriften tritt.

§ 115.

2. Die die Errichtung der Aktiengesellschaft betreffenden Normativbestimmungen.

Unter Normativvorschriften im engeren Sinne werden die absoluten Rechtsregeln verstanden, welche die Errichtung und die Erhöhung des Grundkapitals [1]) der Aktiengesellschaft von besonderen, nicht aus der Natur des Rechtsverhältnisses fliessenden Voraussetzungen abhängig machten.

I. Die durch Art. 208:

> über die Errichtung und den Inhalt des Gesellschaftsvertrages (Statuts) muss eine gerichtliche oder notarielle Urkunde aufgenommen werden. Zur Aktienzeichnung genügt eine schriftliche Erklärung.

vorgeschriebene solenne Verlautbarung beruht auf Zweckmässigkeitsgründen, die in den Motiven des preussischen Entwurfs aus dessen Artikel 181:

> der Gesellschaftsvertrag muss von den Gründern der Gesellschaft vor einem Notar abgeschlossen werden. Die übrigen Gesellschafter können ihre Bei-

---

[1]) Kontrovers; vgl. Nissen: Ueber die Erhöhung des Grundkapitals einer Aktiengesellschaft in d. Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 19, S. 353 f. Renaud, Rechte der Aktiengesellschaft S. 765 f. Keyssner, Aktienges. S. 201 und deutsches Handelsblatt 1871 S. 490. — Wiener in d. Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 24 S. 489. — Entscheidung des O.H.G. vom 30. April 1873 Bd. 9 S. 308; vom 24 April 1877, Bd. 22 S. 222; vom 28. Februar 1879 Bd. 25 S. 23. — Ueber die Frage, ob die Normativbestimmungen der Novelle von 1870 rückwirkende Kraft auf Neuemissionen älterer Gesellschaften haben, vgl. Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 22 S. 365—367.

trittserklärung zum notariellen Vertrage durch eine schriftliche Urkunde abgeben:

die jetzige Vorschrift des Art. 208 stammt, dahin angegeben sind:

Zum Schutz des Publikums und der späteren Aktienzeichner ist zunächst die sichere Feststellung der Bedingungen des Gesellschaftsvertrages erforderlich; der notarielle Abschluss [2]) gibt zugleich eine Gewähr, dass der Gesellschaftsvertrag den gesetzlichen Bestimmungen entsprechend abgefasst wird, auch muss die Echtheit des Vertrages feststehen, ehe er zur landesherrlichen Genehmigung (Registrirung) vorgelegt werden kann. Für den nachherigen Beitritt der übrigen Gesellschafter empfiehlt es sich, die umständlichere und kostspieligere notarielle Aufnahme nicht zu erfordern, sondern die einfache schriftliche Form für ausreichend zu erklären.

Dadurch ist das Prinzip, das zur Bindung des Aktiengesellschaftswillens die Schriftform genügt, nicht aufgehoben, sondern bestätigt. Die Verlautbarung ist als ein reiner Formalakt gedacht, welcher mit der Perfektion des Gesellschaftsvertrages nicht nothwendig zusammenzufallen braucht. Er kann der Vollzeichnung des Grundkapitals vorangehen oder nachfolgen. Es ist auch nicht nothwendig, dass alle Zeichner dabei mitwirken,[3]) wesentlich ist nur, dass die Verlautbarung in einem von dem Registerrichter als gerichtliche oder notarielle Urkunde anerkannten Akt erfolgt und dass sich alle sonstigen Beitrittserklärungen daran anschliessen (§ 116).

II. Die Organisation der Gesellschaft muss vor der Registrirung völlig abgeschlossen sein.

1. Der Gesellschaftsvertrag soll sich deshalb nicht nur über die Essentialien aussprechen, sondern soll auch die eigentliche Verfassung der Gesellschaft — die englischen der Akte von 1862 angehängten Associationsartikel — enthalten. Art. 209. Nr. 9—12.

2. Nicht nur die Art der Bestellung und Zusammensetzung des Vorstandes muss feststehen (Art. 209 Nr. 8), sondern es muss auch die Vorstandswahl vollzogen sein und der Vorstand muss sich konstituirt, d. h. die Wahl angenommen haben (Art. 210a. Schlusssatz). Auch die Formen für die Legitimation der Mitglieder des Vorstandes und der Beamten der Gesellschaft sollen fixirt sein (Art. 209 Nr. 8).

3. Weil, wie es in den Motiven der Novelle von 1870, S. 24 heisst: „die gesetzliche Organisation dem Gesichtspunkt entsprechen müsse, dass das Selbstbeaufsichtigungsrecht der Gesellschaft wirksam ausgeübt werden könne“,

---

[2]) Blose Beglaubigung der Unterschriften genügt nicht, das Statut muss vor Notar oder Richter verlesen werden; vgl. Bescheid des Obergerichts zu Wolfenbüttel vom 21. Mai 1865 in d. Zeitschr. f. Handelsr. Bd. XI S. 575. — Ueber den Einfluss der Mängel solcher Urkunden auf die Gültigkeit der registrirten Aktiengesellschaft, vgl. Entscheidung des O.H.G. vom 25. September 1875 Bd. 19 S. 337 f.

[3]) O.H.G. vom 15. Juni 1875 Bd. 18 S. 38. Wiener, Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 24 S. 39, 40. — Beschl. des App.Ger. Cöln vom 4. Novbr. 1873 in ders. Zeitschr. Bd. 22 S. 335.

so soll die Gesellschaft nicht eher registrirt werden, als bis nicht in einer Generalversammlung der Zeichner ein aus mindestens drei Aktionären bestehender Aufsichtsrath gewählt und durch Annahme der Wahl Seitens der Gewählten konstituirt ist.[4]) Wenn die Statuten, wie dies häufig geschieht, besondere Modalitäten für die Konstituirung vorschreiben (Wahl eines Vorsitzenden, Stellvertreters u. s. w.), so werden auch diese Bedingnisse vorher zu erfüllen sein. Art. 249 Nr. 2 bedroht die Mitglieder des Aufsichtsraths und des Vorstandes mit Gefängniss bis zu drei Monaten, wenn durch ihre Schuld länger als drei Monate die Gesellschaft ohne Aufsichtsrath geblieben ist, oder in dem letzteren die zur Beschlussfähigkeit erforderliche Zahl von Mitgliedern gefehlt hat.

III. Die Börsenfähigkeit der Aktiendokumente beruht unter anderm darauf, dass diese Papiere auf Geld, und nicht, wie z. B. die Kuxe, auf Quoten des Gesellschaftsvermögens lauten. Die natürliche Voraussetzung des Systems des Geldnominalbetrages der Aktien ist, dass das Grundkapital ausschliesslich aus baaren Einlagen zusammengesetzt wird. Nach manchen Gesetzgebungen (wie z. B. Spanien, früher auch Oesterreich)[5]) werden Aktiengesellschaften anders als mit baarem Grundkapital überhaupt nicht zugelassen. Durch die Novelle von 1870 ist ausdrücklich sanktionirt, dass das Grundkapital einer Aktiengesellschaft auch ganz oder theilweise aus anderen Werthen als aus baarem Gelde bestehen kann, und es ist trotzdem das System des Geldnominalbetrages des Grundkapitals und der Aktien darauf angewendet worden. Das Grundkapital sowohl als die Aktien müssen auch in diesem Falle in Gelde ausgedrückt sein. Es ist selbstverständlich und gehört zu den Essentialien des Vertrages, dass in einem solchen Falle zwischen sämmtlichen Kontrahenten über den Werth, zu welcher eine solche Sacheinlage angenommen werden soll, desgleichen über die Zahl der Aktien, welche dafür zu gewähren, Einigung stattfinden muss.

Die im Art. 209b

Wenn ein Aktionär eine auf das Grundkapital anzurechnende Einlage macht, welche nicht in baarem Gelde besteht, oder wenn Anlagen oder sonstige Vermögensstücke von der zu errichtenden Gesellschaft übernommen werden sollten, so ist in dem Gesellschaftsvertrage der Werth der Einlage oder des Vermögensstücks festzusetzen und die Zahl der Aktien oder der Preis zu bestimmen, welche für dieselben gewährt werden. Jeder zu Gunsten eines Aktionärs bedungene besondere Vortheil ist im Gesellschaftsvertrage gleichfalls festzusetzen.

Nach der Zeichnung des Grundkapitals muss in den Fällen, welche in dem vorstehenden Absatz bezeichnet sind, sofern nicht der Gesellschaftsvertrag zwischen den sämmtlichen Aktionären abgeschlossen ist, die Genehmigung des Vertrages in einer Generalversammlung der Aktionäre durch Beschluss erfolgen.

Die den Vertrag genehmigende Mehrheit muss mindestens ein Viertheil der sämmtlichen Aktionäre begreifen und der Betrag ihrer Antheile mindestens

---

[4]) O.H.G. vom 3. Oktober 1874 Bd. 14 S. 312.

[5]) Protok. S. 330.

ein Viertheil des gesammten Grundkapitals darstellen. Der Gesellschafter, welcher die betreffende Einlage macht, oder sich besondere Vortheile ausbedingt, hat bei der Beschlussfassung kein Stimmrecht.

Ueber den Beschluss ist eine gerichtliche oder notarielle Urkunde aufzunehmen.

vorgeschriebene Generalversammlung ist die einzige Kautel, von welcher die Illation von Sachgütern (Apports) statt baaren Geldes abhängig gemacht ist. Uebervortheilungen und Uebereilungen der bei der Illation nicht betheiligten Zeichner soll dadurch möglichst entgegengetreten werden. Das Garantiesystem des französischen Rechts, [6]) durch welches zugleich Sorge dafür getragen wird, dass schon von vorne herein Grundlagen geschaffen werden, aus welchen das Verhältniss der Werthschätzung des Vertrages zu dem objektiven oder Verkehrswerth zu ersehen — ist nicht adoptirt.

IV. Die Kautel der nochmaligen Prüfung durch eine Generalversammlung ist im Art. 209c auch auf zwei von der Illation verschiedene Fälle ausgedehnt:

1. „Wenn Anlagen oder sonstige Vermögensstücke von der zu errichtenden Gesellschaft übernommen werden sollen". Diese Vorschrift greift nicht nur Platz, wenn eine solche Uebernahme im Statut ausdrücklich bestimmt ist, sondern auch dann, wenn im Statut nicht erwähnte Verträge existiren sollten, durch welche die Gesellschaft nach der Registrirung zur Uebernahme bestimmter Objekte rechtlich gezwungen sein soll. Die Motive der Novelle ergeben, dass man durch die Gleichstellung dieses Falles mit der eigentlichen Illation einer Umgehung der für letzteren gegebenen Vorschriften hat entgegentreten wollen. [7])

2. Wenn zu Gunsten eines Aktionärs besondere Vortheile bedungen sind, wie z. B. Bezugsrechte bei späteren Emissionen, Vorzugsrechte in Beziehung auf Dividenden, und die künftige Vertheilung des Vermögens, Aufsichtsraths-Tantièmen, Gründungskosten [8]) aus dem Grundkapital u. s. w.

V. Die Vollzeichnung des Grundkapitals ist ein Essentiale des Vertrages. Das Dasein dieses Erfordernisses und zugleich die Solvenz des Zeichners zu verbürgen, ist die Tendenz des Art. 209a:

Nach der Zeichnung des Grundkapitals hat eine Generalversammlung der Aktionäre auf Grund der ihr vorzulegenden Bescheinigungen durch Beschluss festzustellen, dass das Grundkapital vollständig gezeichnet und dass mindestens zehn Prozent, bei Versicherungsgesellschaften mindestens zwanzig Prozent, auf

---

[6]) Zunächst muss eine Generalversammlung aller Zeichner stattfinden, in welche der Apporteur den Werthsanschlag begründen soll. Hierauf wird von der Generalversammlung eine Kommission gewählt, mit der Aufgabe den Apport zu verificiren und abzuschätzen. Dieser Bericht wird gedruckt und muss fünf Tage vor deren Zusammentritt der zweiten Generalversammlung zur Kenntnissnahme offen liegen. Erst hierauf erfolgt in der Generalversammlung der definitive Beschluss. Vgl. Wiener in d. Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 25 S. 28 f.

[7]) Wiener l. c. S. 49 f. Löwenfeld, Recht der Aktiengesellschaft S. 125 f. Vgl. auch den Fall in der Entscheidung des O.H.G. vom 9. Mai 1879 Bd. 25 S. 282 f.

[8]) O.H.G. vom 21. Januar 1876, Bd. 20 S. 219. — v. Kräwel, Ueber die besonderen Vortheile, welche sich der erste Zeichner ausbedungen in Zentralorgan N. F. Bd. 8 S. 3—8.

jede Aktie eingezahlt sind, sofern nicht der Gesellschaftsvertrag zwischen den sämmtlichen Aktionären abgeschlossen und darin die Erfüllung jener Erfordernisse anerkannt ist.

Ueber den Beschluss ist eine gerichtliche oder notarielle Urkunde aufzunehmen.

VI. Die Registrirung darf erst nach Erfüllung aller dieser Vorschriften beantragt werden. Die Anmeldung muss von dem Vorstande ausgehen. Mit der Anmeldung zugleich muss dem Registerrichter das gesammte Gründungsmaterial überreicht werden. Art. 210a.

Der Anmeldung behufs der Eintragung in das Handelsregister muss beigefügt sein:

1. die Bescheinigung, dass der gesammte Betrag des Grundkapitals durch Unterschriften gedeckt ist;

2. die Bescheinigung,[9]) dass mindestens zehn Prozent, bei Versicherungsgesellschaften mindestens zwanzig Prozent des von jedem Aktionär gezeichneten Betrages eingezahlt sind;

3. der Nachweis, dass der Aufsichtsrath nach Inhalt des Vertrages in einer Generalversammlung der Aktionäre gewählt ist;

4. betreffenden Falls die gerichtliche oder notarielle Urkunde über die in den Art. 209a und 209b bezeichneten Beschlüsse der Generalversammlung.

Die Anmeldung muss von sämmtlichen Mitgliedern des Vorstandes vor dem Handelsgericht unterzeichnet oder in beglaubigter Form eingereicht werden. Die der Anmeldung beigefügten Schriftstücke werden bei dem Handelsgericht in Urschrift oder in beglaubigter Form aufbewahrt.

VII. Eine wirkliche causae cognitio, eine Untersuchung, ob die Angaben der Schriftstücke mit der objektiven Wahrheit übereinstimmen, findet nicht statt. Die Nachprüfung des Registerrichters ist auf das Studium der überreichten Dokumente beschränkt. Die Umgehung des Gesetzes ist nicht schwierig. Die Rechtsprechung weist nicht wenige Fälle auf, in welchen Aktiengesellschaften eingetragen sind, obschon bei Gründung derselben sehr erhebliche Verstösse wider das Gesetz und die Normativvorschriften vorgekommen waren. Trotzdem sind derartige Gesellschaften aufrecht erhalten worden.[10])

Denn das französische System, wonach im Fall der Nichtbeobachtung einer Normativabschrift auf Antrag jedes Aktionärs oder Gesellschaftsgläubigers die Nullität der Gesellschaft unter Zulassung von weitgehenden Schadensansprüchen gegen die schuldigen Urheber ausgesprochen wird, ist durch die Novelle von 1870 nicht adoptirt worden, weil man in der amtlichen Prüfung des Register-

---

[9]) Von der Vorlegung der Originalzeichnungen und Originalquittungen sollte nur Abstand genommen werden, wenn Hinderungsgründe bescheinigt sind. Die Bescheinigungen und die Konstatirungsbeschlüsse der Art. 209a sind zwei verschiedene Dinge; vgl. Keyssner, Handelsgesetzb. S. 1983 und Zentralorgan N. F. Bd. 9 S. 133 f.

[10]) O.H.G. vom 3. Oktober 1871 Bd. III S. 303; vom 19. Oktober 1872 Bd. VII S. 241; vom 10. April 1875 Bd. 16 S. 358. Vgl. Kräwel, Führung der Handelsregister in d. Zeitschr. f. Handelsr. S. 147 f. und den Fall in Bd. 20 S. 607 dieser Zeitschr.

richters einen genügenden Schutz für die Sicherung der Erfüllung der Absicht des Gesetzgebers erblickt hat. Gegen dolose Zuwiderhandlungen ist die Strafbestimmung des Art. 249 Abs. 1 gerichtet, wonach die Mitglieder des Aufsichtsraths und des Vorstandes mit Gefängniss bis zu 3 Monaten bestraft werden, wenn sie vorsätzlich behufs der Eintragung des Gesellschaftsvertrages in das Handelsregister falsche Angaben über die Zeichnung oder Einzahlung des Grundkapitals machen.

Die deutschen Normativvorschriften sind daher zwar noch immer zwingende Gesetze, insofern sie durch den Privatwillen weder abgeändert noch ausser Anwendung gesetzt werden sollen, sie gehören aber zu den s. g. leges imperfectae oder minus quam perfectae. Das dagegen Geschehene ist nicht für nichtig erklärt, die Wirkung des Zuwiderhandelns besteht ausser den im Art. 249 angedrohten Strafen wesentlich nur in dem Rechtsnachtheil, dass die Registrirung versagt wird, wenn der Registerrichter den Mangel gewahr wird. Ist die Registrirung einmal erfolgt, so sind die objektiv vorhandenen Verstösse wider die Normativvorschriften geheilt, an dem Ausspruch des Staates, dass seine Gebote erfüllt sind, darf nicht mehr gerüttelt werden, es wird fingirt, als wären sie erfüllt.

VIII. Einfluss der Normativvorschriften auf die Bestandtheile des Aktiengesellschaftsvertrages. Registerfähig ist die Aktiengesellschaft erst, wenn zu den im § 2 dargestellten Erfordernissen noch folgende Momente treten:

1. Die Einzahlung der im Art. 209 a vorgeschriebenen Prozentsätze. Jeder Zeichner muss den auf seine Zeichnung fallenden Prozentsatz zahlen; diese Theilzahlung wird nach erfolgter Registrirung auf die jedem Zeichner obliegende Pflicht zur Einzahlung des gezeichneten Betrages angerechnet und ihm zurückgezahlt, wenn die Registrirung nicht erfolgt.

2. Es ist bereits hervorgehoben worden, dass durch die Nothwendigkeit des Aufsichtsraths die Zahl der für die Begründung des Aktienunternehmens erforderlichen Personen von zwei auf drei erhöht wird. Es tritt dazu, dass die Wahl des Aufsichtsraths die Berufung einer Generalversammlung erheischt.

3. Die sog. Konstatirungsbeschlüsse der Art. 209 a und b. Das Gesetz unterscheidet zwei Fälle: a) die sog. Entstehung im Wege der Gründung, wenn das zur Registrirung vorgelegte Statut von der Gesammtheit der Personen, welche unter sich das ganze Grundkapital gezeichnet haben, unterschrieben ist, b) die sog. Entstehung im Wege der Subskription oder des Projektes, wenn das solenne Statut nur zwischen einigen Urzeichnern vereinbart und abgeschlossen ist, während der Rest des Grundkapitals durch allmälige sich an dies Statut anschliessende Beitrittserklärungen oder Aktienzeichnungen beschafft ist. Im letztern Falle bedarf es der Berufung einer Generalversammlung zum Zweck der Genehmigung der Sacheinlagen, Uebernahme von Vermögensstücken, und der zu Gunsten eines Aktionärs bedungenen besonderen Vortheile, sowie zum Zweck der Konstatirung der erfolgten Vollzeichnung und Einzahlung der Prozentsätze. Im Fall des einheitlichen Kontraktabschlusses sieht das Gesetz von der Berufung einer solchen Generalversammlung ab und verlangt nur, dass im

Statut von sämmtlichen Unterzeichnern die Erfüllung der Erfordernisse der Vollzeichnung und der Einzahlung der Prozentsätze ausdrücklich anerkannt ist.

4. Die transitorische Generalversammlung. Einer solchen bedarf es stets, auch im Falle des einheitlichen Kontraktabschlusses, für die Wahl des Aufsichtsraths.

Das Rechtsverhältniss der Aktiengesellschaft steht zu dieser Zeit bereits unter der Bedingung der Registrirung. Durch Einfügung der transitorischen Generalversammlung in den Gründungsprozess tritt die weitere Bedingung dazu: wenn die Generalversammlung das Unternehmen nicht fallen lässt. Dies kann sowohl durch Weigerung der Konstatirungsbeschlüsse, als der Wahl des Aufsichtsraths geschehen, stillschweigend auch dadurch, wenn die Versammlung nicht beschlussfähig [11]) ist, oder resultatlos auseinandergeht. Die allgemeinen Grundsätze über das Erlöschen im Fall des Eintritts der Resolutivbedingung entscheiden im Streitfall. Die bedingte Verbindlichkeit des Zeichners darf nicht willkürlich verlängert werden.

Auf diese transitorische Generalversammlung finden im Prinzip die Grundsätze Anwendung, welche für die Generalversammlungen nach der Registrirung gelten. Es entscheidet die Majorität der Erschienenen, die Abstimmung erfolgt mit Ausnahme des im Art. 209b ausgezeichneten Falles, nicht nach Köpfen, sondern nach Aktien [12]) und zwar so, dass jede Aktie mindestens eine Stimme gibt, auch in dem Fall, wenn im Statut das Stimmrecht für die Generalversammlungen nach der Registrirung von einem grösseren Aktienbesitz abhängig gemacht ist. Nur in Betreff der Zusammenberufung der Generalversammlung kommt das Statut gemäss der Vorschrift des Art. 209c

> die Zusammenberufung der Generalversammlung erfolgt in den Fällen der Art. 209a und 209b nach den Bestimmungen, welche der Gesellschaftsvertrag über die Zusammenberufung der Generalversammlungen enthält. [13])

unbedingt zur Anwendung. Diese Generalversammlung ist eine Ausnahme von der Regel, dass die Anwendung des Aktiengesellschaftsrechts erst nach der Registrirung eintreten soll, und diese Ausnahme muss umsomehr auf die gesetzlich vorgeschriebenen Fälle beschränkt werden, weil damit die weitere Anomalie verbunden ist, dass dadurch der Majorität der Weg eröffnet ist, sich ohne Angabe von Gründen von einem bereits abgeschlossenen Vertrage frei zu machen. Die Annahme neuer Zeichner oder die Streichung aller Zeichner, sowie alle

---

[11]) Die französische Doktrin gewährt den fondateurs das Recht der Berufung zu wiederholen; erst eine persistance de l'abstention der Zeichner soll das Scheitern bewirken. Vgl. Dalloz, Sociétés Nr. 1200. Vavasseur, Traité des sociétés civiles et commerciales 2 Edit. 1878 Nr. 422, 423. Vgl. Renaud, Rechte der Aktienges. S. 290. Keyssner, Aktiengesellschaft S. 147.

[12]) Kontrovers. Vgl. Renaud, Recht der Aktiengesellschaft S. 281. Keyssner, Aktiengesellschaft S. 120. Wiener in d. Zeitchr. f. Handelsr. Bd. 24 S. 58. Plathner, Die Entstehung der Aktiengesellschaft in Gruchot, Beiträge Bd. XXI S. 375.

[13]) Ueber die Lücken dieser Vorschrift, welche den gesetzlichen Fall der Einberufung einer Generalversammlung, behufs der Wahl des Aufsichtsraths übergeht, vgl. Entscheidung des O.H.G. vom 15. Juni 1875 Bd. 18 S. 42.

Abänderungen[14]) des Gesellschaftsvertrages liegen ausserhalb der gesetzlichen Kompetenz der Versammlung.[15])

5. Die Konstatirung der Vollzeichnung des Grundkapitals hat ausser ihrer Eigenschaft als Normativvorschrift noch wichtige civilistische Bedeutung. Sie enthält die den Mitkontrahenten abgegebene und von demselben acceptirte Erklärung, dass es wahr sei, dass man gezeichnet habe. Es kommt ihr also die juristische Wirkung als Anerkennungsvertrag zu. Wer dies Anerkenntniss abgibt, darf das als bestehend Anerkannte nicht mehr bestreiten, er verliert damit die ihm gegen seine Mitzeichner zustehenden Einwendungen, durch welche er sich, falls er nicht anerkannt hätte, von seiner sonst nicht verbindlichen (§ 116) Zeichnung hätte losmachen können. Es entscheiden hierüber die allgemeinen Grundsätze vom Anerkenntnissvertrag. Eine Besonderheit gilt nur insofern, als diese Wirkungen nicht blos eintreten, wenn das Anerkenntniss ausdrücklich abgegeben wird — die Gesammtanerkennung im Fall des einheitlichen Abschlusses des Vertrages und die Erklärung derjenigen Zeichner, welche sich in der transitorischen Generalversammlung für die Konstatirung der Vollzeichnung aussprechen — sondern weil auch die Minorität, welche gegen die Konstatirung gestimmt hat, sowie diejenigen, welche in der Generalversammlung nicht erschienen sind, nach den allgemeinen für die Generalversammlung geltenden Grundsätzen (§ 120) als die Konstatirung und damit die Giltigkeit ihrer Zeichnung anerkennend gelten, falls nicht in der Generalversammlung die abweichende Meinung begründet und durch einen dem Registerrichter vorzulegenden Protest erkennbar gemacht wird. Durch die Einlegung des Protestes wird die Geltendmachung derartiger Einwendungen auch gegen die registrirte Gesellschaft gewahrt, auch wenn der Registerrichter aus solchen Protesten keinen Grund zur Verweigerung der Registrirung entnehmen sollte. Dieser Modus der Behandlung von Anfechtungen von an sich rechtsgiltigen Zeichnungen entspricht ebensosehr der Billigkeit gegen den einzelnen Zeichner, für den die Erhebung des Protestes kein Beschwerniss ist, als der Rücksichtnahme auf die Bedeutung, welche dem Konstatirungsbeschluss für die Registrirung beigelegt ist.

§ 116.

3. Die Aktienzeichnung.[1])

Nach dem System des Handelsgesetzbuchs lassen sich für die Entstehung der Aktiengesellschaft vier Stadien unterscheiden. Das erste beginnt mit der Konzeption der Idee Seitens des Projektanten und schliesst mit dem Moment, wo die Aktiengesellschaft eine greifbare juristische Form angenommen hat, d. h.

[14]) Vgl. die Entscheidung des O.H.G. Bd. 18 S. 43.

[15]) Abweichend Plathner in Gruchot, Beiträge Bd. XXI S. 379.

[1]) Jolly in d. Zeitschr. f. deutsches Recht S. 352 f. — Renaud, Rechte der Aktiengesellschaft S. 221—274. Endemann, Handelsr. S. 259—268. J. S. E. Hahn, Ueber die aus der Zeichnung von Aktien hervorgehenden Rechtsverhältnisse (1874).

mit dem Zeitpunkt, wo der Projektant einen Theilnehmer gefunden und mit demselben den Gesellschaftsvertrag vereinbart hat. Das zweite Stadium schliesst mit der Vollzeichnung des Grundkapitals, wodurch der Vertrag seine civilistische Perfektion erhält. In das dritte Stadium fällt die Erfüllung der Normativvorschriften, von denen manche wie die solenne Verlautbarung des Statuts und die Einsammlung der Prozentsätze von den einzelnen Zeichnern schon vor der Vollzeichnung des Grundkapitals stattfinden können, während andere aber erst nachher, wie die transitorische Generalversammlung, die erst abgehalten werden darf, wenn das gesammte Grundkapital durch rechtsgiltige Unterschriften gedeckt ist. Auch die Wahl des Vorstandes muss in diesem Stadium vorgenommen werden, gleichviel ob dieselbe von der Gesammtheit aller Zeichner ausgeht oder wie dies in der Regel der Fall ist, dem Aufsichtsrath überlassen ist. Mit der Bildung der beiden Gesellschaftsorgane ist die Aktiengesellschaft zur Registrirung konstituirt. Das vierte Stadium reicht von der Anmeldung zur Registrirung bis zur Vollziehung dieses Aktes. Die spezifischen Rechte und Pflichten der Zeichner unter einander bis zur Registrirung machen das Recht der Zeichnung, oder den Zeichnungsvertrag aus.

I. Voraussetzung der Rechtsgiltigkeit der einzelnen Zeichnung. Die Anknüpfung der Zeichnungsobligation an die Person des einzelnen Zeichners erfolgt nach der allgemeinen Vertragstheorie. Entweder finden sich sämmtliche Kontrahenten gleichzeitig an einem bestimmten Ort zusammen und unterschreiben ein und dasselbe Vertragsexemplar, indem entweder im Text [2]) desselben oder in einem Anhang dem sog. Zeichnungsbogen, von einem jeden die Zahl der Aktien, die er nehmen will, angegeben wird, oder die Unterschrift erfolgt successive durch sich auf ein bereits vereinbartes Statut beziehende [3]) und demselben anschliessende Zeichnungsscheine. Beide Fälle unterscheiden sich von einander nur dadurch, dass bei dem einheitlichen Abschluss die beiden Stücke eines jeden Vertrages, Annahme und Offerte im Augenblick der Unterschrift zusammenfallen, während sie bei der Entstehung im Wege der Subskription von einander zeitlich und räumlich getrennt auftreten. Immer aber sind es die jedesmal vorhandenen Kontrahenten, von welchen jedem neu Zutretenden offerirt wird, so dass dem letzten Zeichner die Gesammtheit der übrigen Zeichner als Offerent gegenüberstehen. Die Mitwirkung von Mittelspersonen ist nicht ausgeschlossen, aber es gelten dafür die allgemeinen Grundsätze.

Auch für die faktisch zuweilen schwierigen Fragen, ob eine Einladung zur

---

[2]) Vgl. den Fall der Entscheidung des O.H.G. vom 2. September 1875 Bd. 19 S. 238.

[3]) Durch Entscheidung des O.H.G. vom 15. Juni 1875 Bd. 18 S. 35 ist der Einwand, dass der Zeichner das Statut nicht gelesen, zurückgewiesen worden, weil es genügt, wenn aus der Zeichnung hervorgeht, dass sich der Zeichner einem bestimmten vorhandenen Statut, von dessen Inhalt zu unterrichten er in der Lage war, unterworfen hat. Es war auf Grund veröffentlichter Subskriptionsbedingungen gezeichnet worden, welche u. A. die Bestimmung enthielten: „Die Subskription erfolgt auf Grund des Statuts vom 23. April 1877. Statut und Prospekt können bei der Zeichnungsstelle in Empfang genommen werden.“

Aktienzeichnung, eine blosse Aufforderung zur Abgabe von Offerten enthält, sowie darüber, in welchem Moment bei unter Abwesenden gestellten Offerten der beiderseitige Konsens als erklärt wird, entscheiden die allgemeinen Grundsätze. [4]) Ebenso darüber, ob sich derjenige, welcher auf Grund einer öffentlich ausgebotenen Subskription bei einer der bekannt gemachten Zeichenstellen gezeichnet hat, im Ueberzeichnungsfalle willkürliche oder vielmehr antheilige richtige Reduktion [5]) seiner Zeichnung gefallen lassen muss. Die Quelle der Entscheidung ist wie sonst der konkrete Inhalt der Aufforderung. Ist aus dem veröffentlichten Prospekt ein wirklicher Vertragswille, eine sg. Offerte ad incertam personam [6]) „an Jeden der annimmt, und zwar in der von mir gesetzten Art" herauszulesen, so bildet die gehörig und rechtzeitig erfolgte Subskription die Annahmehandlung, durch welche der Subskribent Zeichner wird.

Enthält der Prospekt dagegen nur eine Aufforderung, Offerten abzugeben, so wird der Subskribent erst durch die Annahme seiner Subskription zum Zeichner; er ist berechtigt, sich als abgelehnt zu erachten, wenn ihm nicht in einer mässigen, durch die Nothwendigkeit der Prüfung der Zeichnungsbogen gebotenen Frist [7]) die Benachrichtigung, ob und in welcher Höhe seine Zeichnung angenommen worden, zugeht, während er im Fall der rechtzeitigen Antwort bis auf den Maximalbetrag seiner Offerte zur Annahme der ihm zugetheilten Aktien verpflichtet wird.

Offerte und Annahme müssen schriftlich erklärt, materiell vollständig sein und wenigstens in den wesentlichen Punkten kongruiren. [8]) Jede Betheiligung auf Grund eines der Essentialien entbehrenden Projektes ist keine rechtsgiltige Zeichnung, sondern nur ein Ansatz einer solchen. Ob die häufig in Zeichnungsaufforderungen verlangte Vorausgenehmigung der Vervollständigung durch das Gründungskomité, oder Seitens einer späteren Generalversammlung als eine rechtsgiltige Provokation auf die Ausfüllung der Lücken nach dem vernünftigen und billigen Ermessen (Arbitrium boni viri) zu erachten, oder als eine auf die

---

[4]) Vgl. Hauser: Vertrags-Antrag, Annahme und Vertragsschluss nach den Grundsätzen des allgemeinen deutschen H.G.Bs. entwickelt in der Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 12 S. 43 f. — Sohm, Ueber Vertragsschluss unter Abwesenden und Vertragsschluss mit einer incerta persona in derselben Zeitschr. Bd. XVII S. 47 f., 56 f.

[5]) Renaud, Rechte der Aktiengesellschaft S. 270 f. Hahn l. c. S. 29.

[6]) Sohm l. c. S. 69, 70.

[7]) Die Ertheilung dieser Antwort kann dem Oblaten durch Abrede, aber auch durch Handelsbrauch erlassen werden, vgl. O.H.G. vom 29. Septbr. 1874, Bd. 14 S. 301, wo die Existenz einer Börsenusanz in Frage war: dass wenn von zwei die Börse besuchenden Bankiers einer bei dem Andern, bei welchem Effekten aufgelegt werden, eine Zeichnung anmeldet, der Andere, falls er sie nicht mehr berücksichtigt, ihm hiervon an der nächsten Börse Mittheilung macht, so dass falls solche Mittheilung nicht erfolgt, sie als empfangen und berücksichtigt gilt.

[8]) An solchen Mängeln leidende Zeichnungsscheine sind durch die Praxis des O.H.G. konstant für rechtsungiltig erklärt worden und es ist die Anfechtung auch der registrirten Gesellschaft gegenüber zugelassen worden, vgl. O.H.G. vom 1. Oktober 1872 Bd. VII S. 266; vom 13. Juni 1873 Bd. 10 S. 326; vom 23. Dezbr. 1873 Bd. 11 S. 372; vom 30. Oktober 1874 Bd. 15 S. 58; vom 8. Juni 1875 Bd. 18 S. 354; vom 11. April 1876 Bd. 20 S. 275; vom 11. Septbr. 1877 Bd. 23 S. 289.

reine Willkür gestellte und darum der nothwendigen Bestimmtheit zu erachten. ist quaestio facti,[9]) d. h. es wird darauf ankommen, ob in der Proposition soviel Anhaltspunkte gegeben sind, um im Streitfall prüfen zu können, ob die getroffene Entscheidung den vorhandenen Umständen und Verhältnissen angemessen war.[10])

Jede Zeichnung ist entweder Abschluss eines Gesellschaftsvertrages oder Beitrittserklärung zu einem zwischen zwei oder mehreren Urzeichnern bereits vereinbarten Vertrage. Es genügt daher nicht, wenn dem Registerrichter ein vollständiges, gehörig verlautbartes Statut überreicht wird. Zur Rechtsgiltigkeit der einzelnen Zeichnung gehört auch, dass sich die Zeichnung mit dem Inhalt des Statuts deckt, wobei indess ein Inkongruenz in unwesentlichen Punkten nicht schaden wird.

Die Schriftlichkeit der Zeichnung ist eine für die Rechtsgiltigkeit des Geschäfts vorgeschriebene Form, so dass jede mit diesem Mangel behaftete Zeichnung nichtig ist. Zeichnungsscheine, welche von dem registrirten Statut in wesentlichen Punkten abweichen, sind ebenso ungiltig, wie die blosse mündliche, durch Zahlung theilweise erfüllte Zeichnungserklärung.[11])

Aus dem Dogma, dass zur Perfektion der Aktiengesellschaft die Zusammenbringung des ganzen Grundkapitals durch alles rechtsgiltige Zeichnungen gehört, folgt, dass der Zeichnung keine dieses Obligo ganz oder theilweise aufhebende Beschränkungen und Bedingungen zugesetzt sein dürfen.[12])

II. Inhalt der Zeichnungsobligation. Der Vertragswille hat vor der Registrirung keine andere Richtung, als dass jeder die Anwartschaft auf bestimmte Aktienrechte erwerben und so lange behalten solle, bis sich entschieden hat, ob es zur Registrirung kommen wird, oder nicht. Diese Aussicht darf während des Schwebens der Bedingung nicht rechtswidrig vereitelt oder verändert werden. Die willkürliche Streichung eines Zeichners ist daher ebenso unzulässig, wie jede nicht von allen jeweiligen Zeichnern konsentirte Abänderung des Gesellschaftsvertrages, auf Grund dessen die Zeichnung erfolgt ist. Diesem Sonderrecht des Zeichners entspricht die Verpflichtung, das zu thun, was zur Herbei-

---

[9]) Vgl. die Entscheidung des O.H.G. Bd. 7 S. 267, Bd. 10 S. 327, Bd. 11 S. 373 u. 377, Bd. 18 S. 354.

[10]) Nach diesem Grundsatz wird auch die Giltigkeit der in vielen Statuten sich findenden Klausel zu beurtheilen sein, wonach sich die Zeichner eines an sich vollständigen Statuts im Voraus allen Modifikationen unterwerfen, welche von einem hierzu delegirten Ausschuss der Zeichner (Gründungskomité) oder von einer späteren Generalversammlung Zwecks Erledigung der vom Staat wegen Ertheilung der Konzession oder vom Registerrichter wegen der Eintragung gezogenen Monita beschlossen werden würde; vgl. Entscheidung des O.H.G. Bd. VII S. 275 Bd. 18 S. 39, Bd. 22 S. 194 u. Wiener in Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 24 S. 39.

[11]) Mündliche Ratihabition genügt nicht; vgl. O.H.G. vom 11. Septbr. 1877, Bd. 23 S. 289, aber mündliche Vollmacht zur Aktienzeichnung, s. U. d. Reichsger. v. 23. März 1881.

[12]) O.H.G. vom 21. September 1872 Bd. VII S. 158 f., vom 9. Novbr. 1872, Bd. VII S. 433 f.; vgl. auch den eine vor Einführung des H.G.Bs. gegründete Kommanditgesellschaft auf Aktien betreffenden Fall in der Entscheidung des O.H.G. Bd. 17 S. 136.

führung der Registrirung nothwendig ist. Das auch das Stadium nach der Registrirung beherrschende Grundprinzip: dass der Aktionär zu keiner weiteren Leistung, weder von Thätigkeit noch von Geld, um der Zeichnung willen herangezogen werden darf, als zur Leistung der Einlage, zu der er sich verpflichtet hat, und dass der Aktionär alle darüber hinausgehenden Ansprüche, sei es auf Thätigkeit oder auf Zuschüssen an Geld und Geldeswerth ablehnen darf, gilt auch schon vor der Registrirung. Die dem einzelnen Zeichner obliegenden Sonderpflichten sind daher auf die Pflicht zur Einzahlung der gesetzlich oder statutenmässig verlangten Prozentsätze, sowie darauf beschränkt, dass sich jeder den innerhalb der Kompetenz der transitorischen Generalversammlung gehörig gefassten Beschlüssen unterwerfen muss.[13]) Keiner ist um seiner Zeichnung willen verpflichtet, sich um die Beschaffung der fehlenden Zeichnungen oder um die Konvokation der transitorischen Generalversammlung oder sonst um die Erfüllung der Normativvorschriften zu bekümmern, auch nicht zu den Gründungskosten [14]) beizutragen.

III. Auflösung des Zeichnungsvertrages. Die Verpflichtung aus der Zeichnung erlischt für alle, ipso jure, wenn die Registrirung versagt wird, oder wenn die transitorische Generalversammlung das Unternehmen fallen lässt. Die Streichung des einzelnen Zeichners ist wider seinen Willen zulässig, wenn er die einzig positive Verpflichtung, die ihm obliegt, nämlich die Leistung der Prozentsätze, ungebührlich verzögert, damit ist seine Insolvenz oder sein böser Wille dokumentirt. Die Hinausschiebung der Registrirung, bis die Zahlung rechtskräftig erstritten und beigetrieben ist, würde ein Unrecht gegen die anderen sein. In der Regel schützt man sich dagegen, dass man die Prozentsätze gleich bei der Zeichnung einfordert. Aber wo dies nicht geschehen ist, wird man der Gesammtheit der vertragstreuen Zeichner das Recht, die Störung zu beseitigen und eine neue Zeichnung anzunehmen, nicht versagen können.

Der einzelne Zeichner wird in einigen besonderen Fällen gleichfalls seine Libirirung gegen die Gesammtheit der Mitzeichner durchführen können, nämlich:

1. Wenn die Durchführung des geplanten Unternehmens objektiv unmöglich wird, z. B. wenn der beabsichtigte Gewerbebetrieb, wie dies in der neuesten Zeit in Deutschland mit der Anlegung von Telephonen stattgefunden, dem Privatverkehr entzogen wird, oder wenn eine Fabrik, deren Ankauf Zweck der Gesellschaft ist, vorher zerstört wird. Bedenken gegen die gehoffte Rentabilität oder Veränderung der Umstände mit Beziehung hierauf sind dagegen kein Grund zum Rücktritt.[15])

2. Wenn die Registrirung und Berufung der transitorischen Generalversammlung oder die Vollzeichnung des Grundkapitals ungewöhnlich lange verzögert wird. Es ist weder wirthschaftlich noch rechtlich gerechtfertigt, die

---

[13]) Jolly l. c. S. 409.

[14]) Vgl. Brinckmann, Handelsr. S. 243.

[15]) Renaud, Recht der Aktiengesellschaft S. 259 f., Jolly l. c. S. 356, Brinckmann, Handelsr. S. 246, Hahn l. c. S. 33. Vgl. auch O.H.G. Bd. 20, S. 275 u. Erk. d. O.T.B. Berlin vom 22. Juni 1861, Entscheidung Bd. 46 S. 120.

häufig schwerwiegende, stets aber einen Theil des Vermögens unproduktiv festlegende Promesse aus der Zeichnung, bis in das ungemessene zu verlängern.[16]) Dieser Missstand wird ohne Beeinträchtigung der Mitinteressenten vermieden, wenn dem einzelnen Zeichner das Recht zugestanden wird, auf richterliches Ermessen wegen Festsetzung eines Termins zu provociren, bis welchen die Vollzeichnung erfolgt oder die Registrirung nachgesucht sein muss. In manchen neueren Gesetzgebungen ist dies Recht des Zeichners zum gesetzlichen Ausdruck gebracht worden, indem gesetzlich vorgeschrieben ist, dass von vorneherein ein Schlusstermin der Zeichnungen oder ein Endtermin für die Berufung der transitorischen Generalversammlung bestimmt sein müssen und zwar mit der Wirkung, dass nach Ablauf dieser Fristen die Pflicht aus der Zeichnung erlischt.[17])

3. Die allgemeinen Grundsätze, nach welchen eine Verpflichtung als ungiltig oder nichtig angefochten werden kann, sind weder durch das Gesetz noch das Gewohnheitsrecht in Betreff der Aktienzeichnung ausser Kraft gesetzt. Zeichnungen, welche an einer unheilbaren Nichtigkeit leiden, geben der registrirten Gesellschaft, d. h. der Gesammtheit der Zeichner und deren Rechtsnachfolger keine Rechte. In wie weit sonstige Einwendungen [18]) nach der Registrirung auch zum Zweck von der Befreiung von der Einzahlungspflicht geltend gemacht werden können, ist quaestio facti. In der Regel werden dergleichen aus der Zeit vor der Registrirung herrührende Einreden nur gegen die Gründer (§ 117) oder einzelne Mitzeichner und deren Erben zu konstruiren sein.[19])

V. Die juristische Natur der Aktienzeichnung liegt in dem Unterschied zwischen Zeichner und Aktionär. Das Rechtsverhältniss als Zeichner ist die Vorstufe für die Rechtsstellung als Aktionär. Letzterer muss zuerst Zeichner werden, aber es ist ungewiss, ob es der Zeichner zum Aktionär bringen wird. Die Obligation nach der Registrirung geht dahin: „ich zahle, weil registrirt worden ist". Die Obligation aus der Zeichnung lautet: „ich zahle, wenn registrirt wird und ich pränumerire den Prozentsatz, damit registrirt wird." Die Zahlungspromesse jedes einzelnen Zeichners wird von der Gesammtheit der Mitzeichner in Empfang genommen und zwar behaftet mit der Verpflichtung, die entsprechenden Aktienrechte nach der Registrirung zu gewähren und die Anwartschaft bis dahin zu respektiren. Jeder einzelne Zeichner tauscht mit jedem andern den Konsens aus, keiner kann Zeichner werden, der nicht von allen Mitzeichnern akzeptirt ist und wer Zeichner geworden ist, bleibt es, bis das an seine Person geknüpfte Rechtsverhältniss nach den sub 3 dargestellten Grund-

---

[16]) Renaud, Recht der Aktiengesellschaft S. 259.

[17]) Belgien Art. 173. Ungarn § 154.

[18]) Vgl. Wiener in d. Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 24 S. 450—489.

[19]) Vgl. die Entscheidung des O.H.G. vom 24. April 1872 Bd. 5 S. 415; vom 15. Februar 1873 Bd. 9 S. 69; vom 21. Septbr. 1872 und vom 9. Novbr. 1872 Bd. 7 S. 158, 433; vom 2. Mai 1873, Bd. 10 S. 49, wodurch Einreden von Zeichnern, dass ihnen mündlich oder schriftlich durch Reverse von Gründern und Mitzeichnern ganz oder theilweise oder unter gewissen Voraussetzungen, Abnahme der Aktien oder Liberation vor der Einzahlung versprochen, der registrirten Gesellschaft gegenüber zurückgewiesen sind (§ 130).

sätzen zerstört ist. Bei der Entstehung des Aktiengesellschaftsvertrages durch einheitliche Zeichnung des gesammten Grundkapitals tritt das alle Zeichner umschlingende Vertragsverhältniss auch äusserlich zur Evidenz. Bei der Entstehung im Wege der Subskription erwächst die Zeichnersozietät allmählig aus den successiven Beitrittserklärungen und erlangt ihren Abschluss, sobald die letzte zur Erfüllung des Grundkapitals nothwendige Zeichnung geschehen und akzeptirt ist. Bis dahin besteht nur ein pactum de ineunda societate, welches mit der Unterbringung des Grundkapitals seinen präparatorischen Karakter verliert und nunmehr auf gleiche Stufe mit der durch einheitlichen Vertragsabschluss geschaffenen Gesellschaft gebracht ist. Das durch die Zeichnung des Grundkapitals zur Existenz gebrachte Rechtsverhältniss ist keine auf den gemeinschaftlichen Betrieb von Geschäften gerichtete Erwerbsgesellschaft, es besteht nur ein Nexus zur Hervorbringung einer solchen. Das Rechtsverhältniss steht unter der Resultivbedingung der transitorischen Generalversammlung und unter der Suspensivbedingung der Registrirung. Die sofort wirksamen Rechte und Pflichten, welche während dieses Stadiums zwischen den Mitgliedern der Sozietät bestehen, bezwecken lediglich die Ermöglichung der Registrirung, d. h. der definitiven Konstituirung und die Konservirung der von jedem Einzelnen erworbenen Aufsicht auf Aktienrechte. Mit der Eintragung ist dieser unbedingte Bestandtheil des Vertrages konsumirt. Das bedingte Element bleibt bestehen. Es wird unbedingt. Alle bisher in Schwebe gehaltenen Rechte und Pflichten kommen nunmehr voll zur Wirkung.[20])

[20]) Die verschiedenen Konstruktionen der juristischen Natur der Zeichnungen haben wesentlich die Lösung zweier Probleme im Auge, 1) der Art und Weise der Anknüpfung des unbestreitbaren Rechts der Aktiengesellschaft auf die Einziehung der Beiträge, 2) den Schutz des Grundkapitals gegen Schwächung durch Einwendungen der Zeichner und durch die Gründungskosten. Man geht meist davon aus, dass die Zeichnungen stets als durch ein oder mehrere hierbei selbständig handelnde Proponenten vermittelt zu denken sind, wobei wiederum Streit darüber besteht, ob die Zeichnung ein Vertragsverhältniss oder ein einseitiges nur den Zeichner gegen die Aktiengesellschaft verpflichtendes Rechtsverhältniss ist (Renaud). Die Vertreter der Vertragstheorie sind wiederum nicht einig darüber, ob dieser Vertrag unter den Begriff der Sozietät (Jolly) oder unter den Begriff des Kaufes (Auerbach, vgl. dazu Renaud S. 235 u. Goldschmidt, Zeitschr. f. Handelsr. Bd. V S. 638), oder unter die Innominatverträge fällt; ferner, ob es nur die Zeichner allein sind, welche Rechte aus dem Vertrage erlangen. Jolly S. 352, Brinckmann, Witte, oder ob auch Rechte zwischen den Zeichnern und Proponenten entstehen. (Laband, Hahn, Wiener.) Die Behandlung der Aktiengesellschaft als eine durch die Registrirung entstehende juristische Person erfordert wiederum eine besondere Konstruktion der Erklärung der juristischen Thatsache, durch welche die Rechte aus der Zeichnung, sei es der Zeichner oder der Proponenten auf das neue Rechtssubjekt übertragen werden: ob es einer ausdrücklichen Zession bedarf (oberster Gerichtshof Wien vom 28. November 1866, Zeitschr. f. Handelsr. Bd. XI S. 603, in dem in dieser Zeitschr. Bd. XXII S. 332 abgedruckten Erkenntniss ist diese Ansicht aufgegeben und ist die Lehre von Renaud adoptirt) oder ob eine fingirte Zession, eine actio utilis genügt (Witte, Laband, Hahn) oder ob man sich eine Stellvertretung, oder Geschäftsführung für die Aktiengesellschaft zu denken hat (Auerbach). Renaud lehrt, dass das Recht aus der Zeichnung als eine Forderung zu betrachten, welche durch

Dies gilt sowohl von den Rechten, welche der Gesammtheit gegen den Einzelaktionär zustehen, als von den Pflichten, mit welchen die Gesammtheit, sei es dem Aktionär oder Dritten gegenüber, beschwert ist.

§ 117.

4. Der Gründungsvertrag und die Gründungsgesellschaft.

Die Zeichnersozietät ist ein Wagen ohne Pferde, weil kein Zeichner um seiner Zeichnung willen für die Herbeiführung der Registrirung Opfer an Geld und Zeit zu bringen hat. Der Zeichner ist zu nichts weiter verpflichtet, als auszuharren und den Prozentsatz einzuzahlen. Unter Dach und Fach gelangt die Zeichnersozietät erst durch die Gründerthätigkeit, — Gründungsvertrag, Gründungsgesellschaft. —

I. Die Thätigkeit der Gründer (Fondateur, Projektanten, Unternehmer) umfasst Alles, was noch ausser der Zeichnung zur Entstehung der Aktiengesellschaft gehört: die Idee, die Reklame, die Vorarbeiten, die Beschaffung der wegen des Gegenstandes des Unternehmens erforderlichen Konzession, die Besorgung der für den Betrieb des Unternehmens erforderlichen Lokalitäten und Arbeitskräfte, die Vorbereitung oder Abschliessung der Verträge, durch welche die von der späteren Aktiengesellschaft aufzunehmenden Objekte gesichert werden sollen, die Redaktion des Projektes und des Prospektes (die Aufforderung zur Subskription), die Verlautbarung des Projektes, welches dadurch zum Statut

---

die von den Aktienzeichnern den Proponenten (Unternehmern) gegebene Zusage unmittelbar zu Gunsten der Aktiengesellschaft enstanden ist. Diese Konstruktion wird auch S. 344 auf den Fall des einheitlichen Kontraktschlusses angewendet, „da hier, abgesehen von der unter diesen Personen zur Bildung einer Aktienverbindung geschlossenen Sozietät, ein Versprechen des Mitstifters an die Mitstifter zu Gunsten der in Bildung befindlichen Gesellschaft vorhanden ist.“ Nach Wiener, Zeitschr. f. d. Handelsr. Bd. XXIV S. 43 ff. promittiren sich die Zeichner ein Jeder allen Andern seine Beiträge zu dem zusammenzubringenden Vermögen und verabreden in ihrer Gesammtheit die Aktiengesellschaft als eine auf der Grundlage eines Vertrages durch Eintragung entstehende juristische Person. So lange sie nicht entstanden, stehen die Interessenten nur in dem Verhältniss von Kontrahenten eines Vertrages, dessen Wirkungen noch ausstehen. S. 46. Der durch den Projektanten zwischen den Zeichnern geschlossene Vertrag steht „in Betreff der Mitkontrahenten-Eigenschaft jedes vom Projektanten angenommenen Zeichners allen andern Zeichnern gegenüber unter der Bedingung, wenn nicht etwa der Zeichner vom Projektanten im weitern Verlaufe der Errichtungsverhandlungen wieder gestrichen wird.“ —

Jolly l. c. S. 352 erklärt es für eine Besonderheit, dass bei der Entstehung der Aktiengesellschaft im Wege der Subskription der Konsens nicht zwischen jedem einzelnen Zeichner ausgetauscht wird, indem die ursprünglichen Proponenten das Zustandekommen des Vertrages unter sämmtlichen Personen vermitteln, die zum Theil vielleicht von einander nichts wissen, „aber das moderne Recht lässt zu, dass Verträge auch zu Gunsten eines Dritten gültig geschlossen werden können, so dass jeder Subskribent auch allen Dritten gegenüber gebunden ist, auf welche sich sein Versprechen ausdrücklich oder stillschweigend nach der Natur des Verhältnisses bezog, d. h. den schon vorher beigetretenen oder künftig noch beitretenden Aktionären. Weil der Proponent selbst Theilnehmer, nimmt er das Versprechen in Empfang, theils für sich, theils zu Gunsten der Dritten.“

wird; die Beschaffung der zur Deckung des Grundkapitals erforderlichen Zeichnungen, die Aufbewahrung der Prozentsätze, die Besorgung der Zeichenstellen [1]) und der Zahlstellen, endlich die Berufung der transitorischen Generalversammlung. Die Gesammtheit der Zeichner tritt nicht eher in die Aktion ein, als mit der transitorischen Generalversammlung, was in der Regel erst unmittelbar vor der Anmeldung zur Registrirung geschieht. Die Gründerthätigkeit erstreckt sich indess häufig auch noch über das Stadium der Registrirung hinaus, wie z. B. wenn den Gründern als solchen und unabhängig von ihrer Eigenschaft als Zeichner besondere Bezugsrechte bei Neuemissionen oder Gewinntantièmen zugesichert sind; [2]) insbesondere aber, wenn die Finanzirung [3]) des Unternehmens durch die Gründer erfolgt, wie bei der Entstehung der Aktiengesellschaft im Wege der sg. Gründung. Man versteht darunter den Fall, wenn die Gründer mehr Aktien zeichnen, als sie behalten wollen, wenn also die Absicht von vorne herein darauf gerichtet ist, Aktien zu zeichnen, um sie an der Börse zu verwerthen, damit dadurch dem Unternehmen das nöthige Kapital und den Gründern der Preis ihrer Bemühungen, der sg. Gründerlohn verschafft werde.

II. Das Gründungsgeschäft ist, auch wenn es sich um Immobilien handelt, stets Handelsgeschäft, [4]) weil die schliessliche Absicht auf die Erlangung von Aktien in einem dem wirklichen Kostenbetrag übersteigenden Nominalbetrag gerichtet ist.

„Gründer" ist ein faktischer Begriff, [5]) der zuerst durch Art. 7 des französischen Gesetzes über die Kommanditaktiengesellschaften vom 17. Juli 1856 in das Recht eingeführt ist. Die Nürnberger Konferenz hat in der Sitzung vom 23. März 1857 einen Antrag, die thatsächlichen Vorgänge bei der Gründung von Aktiengesellschaften in das Bereich der gesetzlichen Regulirung zu ziehen, abgelehnt. [6]) Auch die Novelle von 1870 hat zwar die an den Begriff des Fondateur geknüpften Normativvorschriften des französischen Rechts im Wesentlichen adoptirt, ohne jedoch den Gründer im Gesetz besonders auszuzeichnen. Das deutsche Recht kennt daher auch keine besondere Gründerverantwortlichkeit. [7]) Die im Gesetz gegen die Verletzung von Normativvor-

[1]) Vgl. über Zeichenstellen die Entscheidung des O.H.G. Bd. 14 S. 298 Bd. 17 S. 48, Bd. 18 S. 180 und Bd. 20 S. 250.

[2]) Vgl. den Fall, der Entscheidung des O.H.G. vom 12. Februar 1875 Bd. 17 S. 131.

[3]) Behrend, Gutachten über die Aktiengesellschaft S. 39.

[4]) Nicht unstreitig. Vgl. O.H.G. vom 23. Dezember 1875 Bd. XX S. 198.

[5]) In den Motiven des französischen Gesetzes vom 23. Mai 1863 sur les sociétés à responsabilité limitée heisst es: „le sens du mot „fondateur" n'est point determiné par un text formel. Une société, surtout une société nombreuse ne se forme point par le consentement spontané de tous ses membres; l'idée première appartenant toujours à une ou à quelques personnes qui après l'avoier mûrie cherchent à la propager. Le voeu de la loi est que les fondateurs soient associés. Un individu qui par ses soins parviendrait à determiner un certain nombre à former une société à laquelle il resterait étranger ne serait qu'un agent qu'un intermédiaire on ne pourrait lui donner le titre de fondateur et considerer comme digne de quelque confiance sa declaration que le capital est souscrit en entier et que le quart est versé."

[6]) Protok. S. 319. 373. 379. 380.

[7]) Vgl. Wiener in der Zeitschr. für Handelsrecht Bd. XXIV S. 53—65.

schriften angedrohten Strafen treffen nicht den Gründer, sondern den Vorstand und den Aufsichtsrath. Auf Verletzung der Normativvorschriften, sowie auf betrügerische Vorspiegelungen des Prospektes [8]) basirte Entschädigungsansprüche, mögen die Beschädigten die ursprünglichen Aktienzeichner [9]) oder die späteren Aktienkäufer [10]), oder die Gesellschaftsgläubiger, oder die Aktiengesellschaft sein, sind darum nicht ausgeschlossen, sie sind aber nur in soweit zulässig, als dies nach den allgemeinen Grundsätzen des Civilrechts statuirt ist. Es fehlt eine Vorschrift, wie die, welche Satz 38 der englischen Gesellschaftsakte vom 20. August 1867 enthält: „Jeder Prospekt einer Gesellschaft und jede Anzeige, welche Personen einladet, Aktien bei einer Aktiengesellschaft zu zeichnen, muss die Daten und die Namen der bei einem von der Gesellschaft eingegangenen Vertrage betheiligten Parteien oder die Gründer, Verwaltungsräthe oder Bankiers derselben vor Erlass solches Prospekts oder solcher Anzeige spezifiziren, mögen dieselben der Genehmigung durch die Verwaltungsräthe oder die Gesellschaft oder sonst wie unterliegen und ein Prospekt oder eine Ankündigung, welche dieselben nicht spezificirt, soll als betrügerisch Seitens der Gründer, Verwaltungsräthe und Beamten der Gesellschaft, welche dieselben wissentlich erlassen, in Bezug auf Jeden, der Aktien bei der Gesellschaft auf die Richtigkeit solches Prospektes nimmt, angesehen werden, wofern er nicht Kenntniss von solchem Vertrage gehabt hat."

III. Es ist in der Regel ein Konsortium, welches die Gründung von Aktiengesellschaften in die Hand nimmt. Ein solches Konsortium ist eine societas rei unius, eine Vereinigung zu einzelnen Geschäften für gemeinschaftliche Rechnung, keine Handelsgesellschaft im Sinne des Handelsgesetzbuches. [11]) Für die Rechtsverhältnisse der Konsortien untereinander und Dritten gegenüber sind die allgemeinen Grundsätze des Handelsrechts und des bürgerlichen Rechts entscheidend. [12]) Syndikat [13]) wird das Konsortium genannt, wenn der Gegenstand

---

[8]) Vgl. Erk. des O.A.G. zu Lübeck vom 21. Februar 1867 (Kierulffs Sammlung der Entscheidung Bd. 3 S. 120 f., auch in der Zeitschr. für Handelsrecht Bd. 15 S. 266 f.) O.T.B. Berlin vom 13. Februar 1882 in Striethorst, Arch. Bd. 46 S. 8. Puchelt, Kommentar zum A. D. Handelsgesetzbuch (1874) S. 380 Note 2.

[9]) O.H.G. vom 7. Oktober 1875 Bd. 18 S. 180 f., vom 8. Juni 1877 B. 22 S. 388 f. Ueber den Lucca-Pistoja Aktienstreit, vgl. die Schriften von Jhering (1867) und Goldschmidt, Frankfurt a/M. 1859; Entscheidung des O.A.G. Lübeck vom 31. Mai 1858 in der Zeitschr. für Handelsrecht Bd. II S. 155 f. und die Erörterungen über diesen Gegenstand in derselben Zeitschr. Bd. III S. 135 f., Bd. V S. 250 f. und II S. 357.

[10]) O.T.B. Berlin vom 18. Februar 1861 in Striethorst Archiv Bd. 42 S. 5 f. und vom 18. Februar 1874. Just.-Minist.-Bl. 1874 S. 104 f.

[11]) Vgl. die Entscheidung des O.H.G. vom 11. Mai 1872 Bd. VI S. 14; vom 24. Januar 1873 Bd. IX S. 135; vom 23. Dezember 1875 Bd. 20 S. 198.

[12]) Wollff, Zur Lehre von der Gelegenheitsgesellschaft in der Zeitschr. für Handelsrecht Bd. VIII S. 390—400 Sydow, über Konsortien oder sog. Syndikate zur Aktienbegebung in der Zeitschr. für Handelsrecht Bd. 19 S. 427 f.

[13]) Vgl. über die rechtliche Natur der Syndikate die Entscheidung des O.A.G zu Lübeck vom 29. April 1875 in der Zeitschr. für Handelsr. Bd. XI S. 582—588 und die Entscheidung des O.H.G. vom 10. März 1874 Bd. 13 S. 306; vom 3. November 1874

der Gemeinschaft in der allmäligen Verwerthung der gezeichneten Aktien an der Börse mit und ohne Ausgabe von weitern sog. Unterkonsortialbetheiligungen besteht. Die auf die Gründung der Aktiengesellschaft beschränkte mit der Registrirung aufgelöste Vereinigung heisst Gründungsgesellschaft.[14]) Aus den von den Gründern geschlossenen Rechtsgeschäften werden nur die Gründer als solche berechtigt und verpflichtet. Für das Aktiengesellschaftsrecht sind nur die Beziehungen[15]) von Bedeutung, in welche die Gründer zu der Aktiengesellschaft oder zu dem einzelnen Zeichner treten. Für die Voraussetzungen unter welchen Rechte und Verbindlichkeiten aus Handlungen der Gründer an die Person der einzelnen Zeichner oder an die Aktiengesellschaft[16]) angeknüpft werden können, gelten keine Besonderheiten, es wird daher in der Regel eines mit den Gründern geschlossenen Vertrages oder denselben ertheilten Vollmachtsauftrages bedürfen. Die ineinandergreifenden Verbote, dass für die Aktiengesellschaft vor der Registrirung keine Geschäfte gemacht werden sollen und dass das künftige Gesellschaftsvermögen mit keinen andern als im Statut erkenntlich gemachten Lasten und Verbindlichkeiten beschwert sein darf, führen dahin, dass regelmässig eine Geschäftsführung ohne Auftrag[17]) die Aktiengesellschaft nicht verpflichten wird, auch wenn dadurch der Vortheil der Gesellschaft befördert sein sollte. Die Aktiengesellschaft hat daher weder die Gründungskosten zu tragen, noch die Einwendungen der Zeichner aus den von Gründern gemachten Zusicherungen und Vorspiegelungen anzuerkennen. Verträge, welche die Gründer wegen Uebernahme von Vermögensstücken für die künftige Aktiengesellschaft geschlossen haben, berechtigen und verpflichten die Aktiengesellschaft nur, wenn und soweit die Sanktion derartiger Verträge aus dem Statut in der im Art. 209 b vorgeschriebenen Form ausgesprochen ist.

IV. Die Funktion der spezifischen Gründungsgesellschaft besteht in der Summe der Handlungen, die nothwendig sind, um die Urzeichner zur Zeichnersozietät und die letztere zur Registrirung zu entwickeln: Verlautbarung des Statuts, Aufbewahrung der Prozentsätze, Sammlung der Zeichnungen, Berufung der transitorischen Generalversammlung. Diese Gründerthätigkeit ist für die Entstehung jeder Aktiengesellschaft unentbehrlich und damit wird das Problem

---

Bd. 15 S. 249; vom 10. Mai 1875 Bd. 17 S. 389; vom 12. Juni 1877 Bd. 22 S. 381. Ueber Hausse-Consortien mit Curs-Garantie vgl. O.H.G. vom 1. April 1875 Bd. 21 S. 101.

[14]) Auch die Zeichnersozietät wird zuweilen Gründungsgesellschaft genannt, z. B. in der Entscheidung des O.H.G. vom 8. Juni 1875 Bd. 18 S. 360. Das hängt mit der auch in anderen Entscheidungen (Bd. IV S. 313. Bd. VII S. 271. Bd. XI S. 381) vertretenen Annahme zusammen, dass der Zeichnersozietät die Aufgabe gestellt sei, ihre Konstituirung in Form der Aktiengesellschaft auch ohne Intervention von Gründern zu bewirken.

[15]) Vgl. über die Beziehungen der Gründer unter einander das Erkenntniss des O.T.B. Berlin vom 24. April 1862 in Striethorst Archiv Bd. 46 S. 65; vom 4. Mai 1876 Entscheidung Bd. 77 S. 422 und zur direkten Entscheidung des O.H.G. vom 24. April 1832 Bd. V S. 415.

[16]) Ueber das Verhältniss der Aktiengesellschaft zum Gründungskomité, vgl. O.H.G. vom 22. Januar 1876 Bd. 20 S. 208–222.

[17]) Vgl. O.H.G. vom 20. Mai 1873 Bd. 10 S. 201.

gelöst: wie der Zeichner zum Aktionär wird, ohne dass ihm etwas Mehreres als die Zeichnung und die Zahlung der Prozentsätze, also nur das, was den Inhalt der Zeichenobligation bildet, angesonnen wird. Diese Dienste sind es, welche der Gründer jedem Zeichner unentgeldlich anbietet und durch die Annahme dieser Dienste kommt der Gründungsvertrag zu Stande, durch welchen der Zeichner an den Gründer gekettet und dem letztern dadurch der erstrebte Einfluss auf die Errichtung der Aktiengesellschaft rechtlich garantirt wird: Es steht nichts im Wege, dass diese Gründerfunktionen von sämmtlichen Zeichnern übernommen werden, was bei dem einheitlichen Abschlusse des Vertrages — der deshalb Entstehung im Wege der Gründung genannt wird — zuweilen der Fall ist. Alsdann steht jeder dem Andern als Zeichner und zugleich als Gründer gegenüber. In der Regel ist aber eine solche Identität zwischen der Gesammtheit der Zeichner und der Gesammtheit der Gründer nicht vorhanden. Regelmässig wird es eine kleinere Gruppe von Zeichnern sein, welche das Gründungskonsortium bilden, oder was rechtlich auch zulässig ist, das Gründungskonsortium besteht ganz oder theilweise aus Personen, die nicht als erste Zeichner auftreten. Zwei Fälle sind zu unterscheiden:

1. Das Gründungskonsortium tritt nicht als Zeichnergruppe, sondern ganz selbständig und in eigenem Namen mit der Erklärung auf, dass es ein Aktienunternehmen gründen und für diesen Zweck Zeichnungen entgegennehmen wolle. Darin liegt a) die Aufforderung zur Betheiligung bei einem bestimmten kundgegebenen Unternehmen, womit nach allgemeinen Grundsätzen die Gewährleistung für die Wahrheit der in der Aufforderung enthaltenen Versicherungen — der dicta und promissa des Prospektes — enthalten ist, b) die Offerte, aus den vom Gründer acceptirten Subskribenten, eine Zeichnersozietät zu bilden und c) diese Sozietät registerreif zu machen, d) die Gründungskosten zu tragen.

Aus der Annahme des auf Grund einer solchen Aufforderung erklärten Beitritts entstehen zunächst nur Rechte und Pflichten zwischen dem Gründer und Reflektanten. Letzterer ist verpflichtet, so lange auszuharren, bis es entschieden ist, ob es zur Vollzeichnung des ausgebotenen Aktienkapitals und damit zur Bildung der Zeichnersozietät kommen werde. Der Gründer ist seinerseits verpflichtet, die von ihm acceptirte Betheiligung zu dem vereinbarten Zweck zu benutzen, er darf hierbei nicht willkürlich verfahren. Er hat insbesondere nicht das Recht der Streichung der Subskription, er muss dieselbe vielmehr den andern von ihm akzeptirten Subskribenten zur Anerkennung oder Ablehnung vorlegen. Indirekt wird er freilich das Streichungsrecht ausüben können, wenn er selbst Aktien zeichnet, denn zur Erwerbung des Rechts der Zeichnung gehört hier, wie überall, die Einstimmigkeit aller Mitzeichner. Die Zeichnersocietät entsteht erst, wenn sich die zur Deckung des Grundkapitals erforderlichen Reflektanten gegenseitig als Zeichner akzeptirt haben, was entweder sukzessive oder durch eine einheitliche einstimmige Erklärung erfolgen kann.

Der Gründer kann sich auch die Ausübung des Akzeptationsrechts Seitens der Subskribenten übertragen lassen. Es muss aber schon das Fundament der Zeichnersozietät, nämlich die Vereinbarung des Gesellschaftsvertrages zwischen

mindestens zwei Urzeichnern vorhanden sein, weil man nicht mit sich selbst kontrahiren kann. Der Gründer kann den Gesellschaftsvertrag nicht abschliessen, sondern nur die Abschliessung vermitteln. Die Auswahl der Zeichner, d. h. der Personen, welche er zum Zweck der Bildung der Zeichnersocietät zusammenführen will, kann aber in das Ermessen des Gründers gelegt sein.

Der Auftrag reicht präsumtiv nur so weit, um mit Ja oder Nein über die Anerkennung als Zeichner zu entscheiden, er erstreckt sich nicht auf die Thätigkeit, welche der Gründer anwendet, um einzelne Personen zur Subskription oder zur Zeichnung zu bestimmen, so dass die Verantwortlichkeit für alle hierbei begangenen Rechtswidrigkeiten dem Gründer verbleibt.

2. Der zweite Fall ist, wenn eine Zeichnergruppe als solche (Gründungskomité) zur Zeichnung eines Theils des Grundkapitals auffordert. Es gilt, wie im ersten Falle, nur dass die Annahme der Subskription schon die Anerkennung als Zeichner in sich schliesst. Der angenommene Subskribent rückt ohne Weiteres in die vorhandene Zeichnersozietät nach den in § 116 entwickelten Grundsätzen ein.

Die Qualität der Zeichnergruppe als Gründer zeigt sich in diesem Falle wesentlich darin, dass ihnen sowohl alle Verantwortlichkeit wie die Gründungskosten zur Last fallen.

Ein Klagerecht darauf, dass die Zeichnersozietät oder die Registrirung wirklich zum Abschluss gebracht werde, steht den Subskribenten nicht zu, wohl aber das Rücktrittsrecht, wenn die Sache zu lange dauert (§ 116). Die Klage ist nicht gegen die Mitzeichner, sondern gegen die Personen, welche aus der Gründung der Aktiengesellschaft ein Geschäft gemacht haben, also gegen den Gründer im engern Sinne und das Gründungskomité zu richten und zwar auf Bestimmung eines Schlusstermines für den Abschluss der Zeichnungen oder der Registrirung. Mit dem fruchtlosen Ablauf des gesetzten Termins ist objektiv festgestellt, dass die Bedingung, unter welcher subskribirt worden, nicht mehr eintreten kann und die Verbindlichkeit aus der Zeichnung ist damit Jedermann gegenüber erloschen.

Eine willkürliche Uebergehung der Subskribenten bei der später wirklich stattfindenden Bildung der Aktiengesellschaft gewährt dem dadurch in seinem Recht Verletzten jedenfalls einen Anspruch auf Entschädigung. Die nachträgliche Aufnahme ist insofern erzwingbar, als der Gründer angehalten werden kann, den betreffenden Zeichner Aktien al pari oder das Interesse zu gewähren. [18])

---

[18]) Die in Note S. 539 citirte Schrift von Hahn konstruirt den der Aktiengesellschaft zu Grunde liegenden Vertrag — als einen zwischen den Gründern und Zeichnern geschlossenen Vertrag. Dieser Vertrag ist nach dieser Schrift ein zweiseitiger, nach welchen sich der Zeichner dem Proponenten gegenüber dazu verpflichtet, die Gesellschaft mit zu gründen, wogegen sich der Proponent verpflichtet, die vorbereitenden Schritte behufs Zustandekommen der Gesellschaft zu thun und dem betreffenden Zeichner die Aktien rechtzeitig zu verschaffen. Der Projektant hat gegen die Zeichner nicht nur die Klage auf Einzahlung, sondern der Zeichner ist auch zur Mitwirkung in der zu konstituirenden Versammlung oder doch mindestens dazu verpflichtet (S. 72),

§ 118.

5. Die Publizität der Aktiengesellschaft. Die Zweigniederlassung.

Die Publizität des Handelsgesetzbuchs besteht in einem System von Registervermerken und Zeitungspublikationen, die wesentlich auf den Schutz der Gläubiger, sowie darauf berechnet sind, dass sich das Publikum über die Rechtslage der Gesellschaft jeder Zeit informiren könne. Dem Erforderniss der Offenlegung und Durchsichtigkeit der wirthschaftlichen Situation ist nicht die Rechnung getragen, wie dies in England der Fall ist.

I. Das Handelsregister wird im Bereich der Deutschen Civilprozessordnung [1]) von den Amtsgerichten, in Bayern und Elsass-Lothringen jedoch von den Landgerichten geführt. Nichts [2]) darf darin eingetragen werden, was nicht vom Gesetz ausdrücklich vorgeschrieben ist.

1. Die bereits dargestellte Errichtung der Aktiengesellschaft. Die Aktiengesellschaft entsteht schon mit der Einschreibung [3]) in das Register und nicht

die von der Majorität hierüber gefassten Beschlüsse als auch für sich bindend anzuerkennen. Der Proponent ist verpflichtet nicht nur die Aktienrechte zu gewähren, falls die Aktiengesellschaft zur Existenz kommt, er ist auch gehalten, die Gesellschaft wirklich zur Existenz zu bringen. Wenn der Projektant und sämmtliche Zeichner mit Ausnahme eines einzigen Zeichners das Unternehmen aufgeben wollen, so kann dieser einzige die Erfüllung des Vertrages event. Schadensersatz vom Projektanten verlangen, welcher dann die übrigen Zeichner dazu zwingen muss (S. 42). Die Zeichner selbst stehen unter sich in keinem direkten Rechtsverhältniss, weil aber der Projektant jeden der Zeichner zur Erfüllung der Leistung der Einlage zwingen kann und weil jeder Zeichner eine Klage gegen den Projektanten hat, durch welchen er diesen zwingen kann, einen säumigen Zeichner zu belangen (S. 41), so soll die später entstandene Gesellschaft zur Forderung der Einzahlung berechtigt sein, ohne dass sie erst genöthigt ist, gegen den Projektanten zu klagen. Diese Rechte des Zeichners gegen den Projektanten sollen das Vermögenssubstrat der Aktiengesellschaft bilden. Die Gesellschaft klagt also mit Uebergehung des Projektanten vermöge einer actio utilis ex persona des Projektanten direkt gegen die Zeichner — vgl. dazu die Kritik von Wiener in der Zeitschr. f. Handelsr. Bd. XXI S. 333—342. Letzterer Schriftsteller setzt in d. Zeitschr. f. Handelsr. Bd. XXIV S. 46 das Wesen des zwischen dem Projektanten und Zeichner geschlossenen Vertrages in die durch Annahme der Zeichnung Seitens des Projektanten gegründete Verpflichtung des letzteren, sofern das Projekt verwirklicht wird, den angenommenen Kontrahenten in der Stellung als Mitkontrahenten des Aktiengesellschaftsvertrages zu erhalten, so dass er aktienempfangsberechtigt nach Maassgabe seiner Betheiligung wird.

[1]) Vgl. Keyssner in d. Zeitschr. f. Handelsr. Bd. XXV S. 512. — Beschwerden über den Registerrichter. Vgl. O.H.G. Bd. VIII S. 339, Bd. XX S. 96 gehen in letzter Instanz an das höchste Landesgericht und nicht an das Reichsgericht.

[2]) Ueber die Unzulässigkeit der Eintragung der Klausel: Alle von der Gesellschaft ausgehenden Urkunden müssen, um die Gesellschaft zu verpflichten, vom Direktor (Vorstand) und einem Mitglied des Aufsichtsraths (Nichtvorstand) vollzogen sein, vgl. Entscheidung d. O.H.G. Bd. VI S. 132.

[3]) Nach der Instruktion des preussischen Justizminister. vom 12. Dezember 1861, J. M. B. von 1861 S. 344 f. wird nur der für die Zeitung bestimmte Auszug des Ver-

erst mit der Insertion des Registervermerkes in der Zeitung. Die Datirung des Eintrags und die Mittheilung dieses Datums an den Gesellschaftsvorstand ist daher nothwendig.[4]) . Der durch die Zeitungen bekannt zu machende Auszug muss nach Artikel 210 enthalten: 1. Das Datum des Vertrages, 2. Firma und Sitz der Gesellschaft, 3. Gegenstand und Zeitdauer des Unternehmens, 4. die Höhe des Grundkapitals und der einzelnen Aktien und Aktientheile, 5. ob die Aktien auf Inhaber oder auf Namen gestellt sind, 6. die Form für die von der Gesellschaft ausgehenden Bekanntmachungen und die öffentlichen Blätter, in welche dieselben aufzunehmen sind, 7. die Form, in welcher nach dem Statut der Vorstand seine Willenserklärungen kundzugeben und für die Gesellschaft zu zeichnen hat.

2. Die Bestellung des Vorstandes und der Liquidatoren, sowie jede Aenderung (Art. 135. 228. 244).

3. Die Auflösung und Fusion der Gesellschaft.

4. Die Beschlüsse der Generalversammlung über die Fortsetzung der Gesellschaft oder über Abänderungen der Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages.

5. Die Errichtung von Zweigniederlassungen (Art. 212). Bei jedem Handelsgerichte, in dessen Bezirk die Aktiengesellschaft eine Zweigniederlassung hat, muss dies behufs der Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden.

Die Anmeldung muss von sämmtlichen Mitgliedern des Vorstandes vor dem Handelsgericht unterzeichnet oder in beglaubigter Form eingereicht werden und die im Art. 210 Absatz 2 u. 3 (Firma, Sitz, Gegenstand und Zeitdauer) bezeichneten Angaben enthalten.

II. Die Zeitungen, in welche die im Gesetz und in den Statuten vorgeschriebenen Bekanntmachungen zu erfolgen haben, sind theils die Gesellschaftsblätter, d. h. die Zeitungen, welche in jedem Statut spezialisirt[5]) sein sollen, theils die Gerichtsblätter, d. h. die von den Gerichten alljährlich im Monat Dezember für die Aufnahme amtlicher Bekanntmachungen bestimmten Blätter. Die Insertion der Registereinträge erfolgt von Amtswegen, in allen übrigen Fällen durch den Gesellschaftsvorstand.[6]) Nothwendig ist die Bekanntmachung durch die Gesellschaftsblätter in folgenden Fällen:

1. überall da wo die Statuten dies vorschrieben, z. B. in Betreff der Berufung der Generalversammlung und der Ausschreibung von Einzahlungen.

---

trages (Art. 210) in das Register eingeschrieben und nicht der ganze Inhalt des Statuts. Die vollständige Abschrift des Statuts wird zu dem im § 49 der Instruktion als integrirenden Theil des Handelsregisters bezeichneten Beilageband genommen. Dieser Beilageband enthält alle Gesellschaftsverträge und es wird im Hauptregister die Stelle des Beilagebandes bezeichnet, an welcher sich der betreffende Gesellschaftsvertrag befindet.

[4]) Die Datirung des Eintrages unterbleibt zuweilen, weil es an einer rechtsgesetzlichen Vorschrift darüber fehlt, vgl. O.H.G. vom 4. Mai 1876 Bd. XX S. 349.

[5]) Vgl. Thöl, Handelsr. S. 334 und Praxis des Handelsr. VIII S. 23.

[6]) Schmidt über die Form der von einer Aktiengesellschaft ausgehenden Bekanntmachung in Busch, Archiv Bd. II S. 78.

2. Der Kaduzirung von Aktien muss eine dreimalige Aufforderung in den Gesellschaftsblättern vorangehen und die letzte Insertion muss mindesten vier Wochen vor dem für die Einzahlung gesetzten Schlusstermin stattgefunden haben (Art. 221).

3. Dem Vorstand ist im Art. 239 die Pflicht auferlegt, die Bilanz des verflossenen Geschäftsjahres spätestens in den ersten sechs Monaten des darauf folgenden Geschäftsjahres zu veröffentlichen.

4. Die Vertheilung des Vermögens bei der Auflösung oder im Fall der Fusion darf nicht eher vollzogen werden, als nach Ablauf eines Jahres von dem Tage an gerechnet, an welchem die Bekanntmachung in den Gesellschaftsblättern zum dritten Male erfolgt ist (Art. 245. 247).

5. Dasselbe wie sub 4 gilt auch von jeder theilweisen Zurückzahlung des Grundkapitals an die Aktionäre, sowie für die Reduktion des Grundkapitals, (Art. 248 [7]).

III. Die Anomalie der Registrirung der Gründung der Aktiengesellschaft ist bereits dargestellt. Die Wirkung der Publizität in den übrigen Fällen besteht im Allgemeinen darin, dass dadurch die Fiktion hervorgebracht wird, als ob der Inhalt der Bekanntmachung dem Publikum bekannt sei und zwar wirkt diese Fiktion im gesammten Bereich des Deutschen Handelsgesetzbuchs.[8]) Die Unterlassung der vorgeschriebenen Publikation hat verschiedene Wirkungen. In Betreff wesentlicher Veränderungen des Gesellschaftszustandes (I. Nr. 3 u. 4, II. Nr. 4 u. 5) bleibt der Eintritt der beabsichtigten Rechtswirkung bis zur Erfüllung der vorgeschriebenen Förmlichkeiten suspendirt; daneben treten in den Fällen II. Nr. 4 u. 5 auch noch die Rechtsnachtheile der persönlichen Haftung für Vorstände und Liquidatoren ein (Art. 245—248). Für die Erzwingung der Eintragung der Vorstandsmitglieder, Liquidatoren und der Zweigniederlassungen sind Ordnungsstrafen für genügend erachtet. Mängel bei der Berufung von Generalversammlungen können eine Anfechtung der gefassten Beschlüsse bewirken, wenn nicht der Gegenbeweis geführt werden kann, dass auch bei strikter Beobachtung aller Förmlichkeiten dasselbe Resultat eingetreten wäre. Für die Unterlassung der Veröffentlichung der Bilanz fehlt ein gesetzliches Präjudiz.

IV. Die Zweigniederlassung.[9]) Durch die Errichtung von Zweigniederlassungen wird der Sitz der Gesellschaft nicht verändert (§ 9); es wird dadurch nur ein neuer Gerichtsstand (forum contractus, forum gestae administrationis) geschaffen, vermöge dessen die Aktiengesellschaft wegen aller die Filiale

---

[7]) Vgl. v. Kräwel, Die Mängel des Verfahrens bei Führung des Handelsregisters Zeitschr. f. Handelsr. Bd. XXII S. 146.

[8]) Vgl. Goldschmidt, Zeitschr. f. Handelsr. Bd. XIX S. 666 über das seit dem 1. Januar 1874 als besondere Beilage zu dem deutschen Reichsanzeiger erscheinende Centralhandelsregister, welchem jetzt sämmtliche deutsche Staaten beigetreten sind, mit Ausnahme von Bayern.

[9]) Vgl. über den Begriff Zweigniederlassung Keyssner in Busch, Archiv Bd. I S. 266, Bd. II S. 50 und Centralorgan Jahrg. 1867 Nr. 13.

betreffenden Angelegenheiten bei dem Gericht Recht nehmen muss, in dessen Bezirk die Zweigniederlassung [10]) errichtet ist. Die Frage, ob ein ausserhalb des Stammsitzes der Aktiengesellschaft befindliches Etablissement als Zweigniederlassung oder nur als ein keiner Registrirung bedürfendes Geschäftslokal zu betrachten, ist quaestio facti. [11]) Das Vermögen der Zweigniederlassung ist ein integrirender Theil des Vermögens der Aktiengesellschaft. Die Leitung der Zweigniederlassung kann entweder dem Vorstand der Muttergesellschaft, aber auch blos dem Vorstand unterstellten, zur selbständigen Abschliessung von Geschäften befugten Bevollmächtigten übertragen sein. [12]) Die Errichtung der Zweigniederlassung ist eine Verwaltungsmassregel und zwar ohne Unterschied, ob die Errichtung im Inland oder im Auslande erfolgt; doch ist wegen der Wichtigkeit dieser Massregel in manchen Statuten die Genehmigung der Gegenversammlung vorgeschrieben. [13])

V. Ausländische Aktiengesellschaften können in Deutschland nach den für Ausländer bestehenden Vorschriften Handel und Gewerbe treiben, [14]) auch wenn besondere Verträge über die gegenseitige Zulassung von Handelsgesellschaften zwischen dem Deutschen Reich und dem fremden Staat, in welchem die Aktiengesellschaft ihren Sitz [15]) hat, nicht geschlossen ist. [16]). Die Zweigniederlassung einer ausländischen Aktiengesellschaft wird eingetragen, sobald der Nachweis geführt ist, dass die Muttergesellschaft nach dem Gesetz ihrer Heimath als Aktiengesellschaft anerkannt ist. [17]) In Betreff des Erwerbes von Grund-

---

[10]) Vgl. über Eisenbahn-Zweigniederlassungen Ackermann, Busch, Archiv Bd. VI S. 197. Agricola, Archiv von Siebenhaar Bd. XII S. 279; Lesse, Busch, Archiv Bd. II S. 285; Honigmann und Koch, Zeitung des Vereins für deutsche Eisenbahnverwaltungen Jahrg. 1864 Nr. 21 und 24 — über Zweigniederlassungen der Versicherungsgesellschaften vgl. Staudinger in der Zeitschr. f. Handelsr. Bd. IV S. 82 und die Aufsätze im Centralorgan 1862 Nr. 28 u. 30.

[11]) Vgl. Urtheil des Reichsgerichts vom 24. Septbr. 1880 abgedruckt im deutschen Reichsanzeiger und die Entscheidung des O.H.G. vom 14. Oktober 1874 Bd. XIV S. 402, vom 27. Novbr. 1875 Bd. XIX S. 260 und vom 25. Septbr. 1879 Bd. XVII S. 319.

[12]) O.H.G. Bd. XIV S. 402. Bd. XIX S. 416.

[13]) O.H.G. vom 12. Mai 1877 Bd. XXII S. 283.

[14]) O.H.G. vom 28. April 1877 Bd. 22 S. 148: „in dem deutschen Rechte sind nirgends Bestimmungen zu finden, aus welchen die Unfähigkeit ausländischer nach den Gesetzen des betreffenden Staates gültig errichteten Aktiengesellschaften im Inland als Kläger aufzutreten, hergeleitet werden könnte.“ Vgl. auch O.T.B. Berlin vom 21. Oktbr. 1850. Striethorst, Archiv Bd. I S. 95 f.

[15]) Vgl. Lesse, Rechtsgutachten über das örtliche Recht, welchen Aktiengesellschaften bei Rechtsgeschäften im Ausland unterworfen sind in Busch, Archiv Bd. 29 S. 19—26.

[16]) Wie mit Belgien 20. Novbr. 1873, Italien 8. August 1873 und Grossbritannien, Decl. vom 27. März 1874 (Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 20 S. 117, 120, 132). — Durch k. franz. Dekret vom 19. Dezbr. 1866 sind preussische Aktien- und andere der staatlichen Genehmigung unterliegende Gesellschaften zum Geschäftsbetriebe in Frankreich zugelassen worden. (Preuss. Handelsarchiv 1867 Nr. 7.)

[17]) Keyssner, Eintragung der ausl. Aktiengesellschaft in das Handelsregister. Recht derselben zur Erwerbung von Grundeigenthum in Preussen im Centralorgan 1863

eigenthum durch ausländische Aktiengesellschaften bestehen territorialrechtlich gewisse Beschränkungen, indem in der Regel eine Regierungsgenehmigung erforderlich ist.

In den Handelsgesetzbüchern Ungarns und Belgiens ist die Rechtsstellung der ausländischen Aktiengesellschaften gesetzlich regulirt.[18])

C. Die Rechtsverhältnisse der bestehenden Aktiengesellschaft.

§ 119.

1. Die Organisation der Aktiengesellschaft.

Aktiengesellschaft ist der abgekürzte Ausdruck für „Aktiengesellschaftsvertrag", und für „die Gesammtheit der in einem solchen Vertragsverhältniss stehenden Personen" — der jeweiligen Aktionäre. — Der Aktionär ist Socius, Mitinhaber des von ihm und der Summe der anderen zu dem Grundkapital Beitragenden ausgerüsteten gewerblichen Unternehmens und zugleich Miteigenthümer des zusammengebrachten Gesellschaftsfonds, sowie dessen, was damit erworben wird. Die Kriterien des Gewerbegesellschafters: Mitprinzipalschaft, Theilnahme am Gewinn und Verlust eines gewerblichen Unternehmens, Miteigenthum am Gesellschaftsfond sind in dem Aktionär vereinigt, zugleich mit den beiden Besonderheiten: Ausschluss von der Firmirung und Befreiung von der illimitirten Haft für die Gesellschaftsschulden. Die treibenden Kräfte des Aktienunternehmens sind nicht die individuellen Eigenschaften und der Personalkredit der Prinzipale, sondern das durch die Einlagen zusammengebrachte Unternehmungskapital und die zur Fruchtbarmachung dieses Kapitals gemietheten Kräfte: Vorstand und sonstige Bevollmächtigte der Gesellschaft. Prinzipal und Unternehmer ist die Gesammtheit in ihrer Verbundenheit. Der Einzelne ist es nicht für seine Person, er ist es nur in Gemeinschaft mit allen übrigen. Die blosse Betheiligung als Aktionär unterwirft daher nicht der Behandlung als Kaufmann oder Gewerbetreibender im Sinne der Gesetze.[1]) Der Konkurs des Unternehmers geht an dem einzelnen Aktionär, ohne Einbusse an dessen Ehre und Vermögen vorüber.

Alle Rechte und Pflichten des Aktionärs sind Sozietätsrechte und Sozietäts-

---

Nr. 48 und 49 und die Stellung ausländischer Aktiengesellschaften in England und Preussen. Deutsches Handelsbl. Jahrg. III S. 129 f.

[18]) Vgl. die k. österreichische V. vom 29. Novbr. 1865 über die Zulassung ausländischer Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien mit Ausschluss von Versicherungsgesellschaften zum Geschäftsbetriebe in Oesterreich, in dem österreich. R.G.Bl. 1865 Nr. 127, im Centralorgan, N. F. Bd. III S. 461. „Wenn ausländische Aktiengesellschaften unbewegliches Eigenthum in Oesterreich erwerben wollen, haben sie den Nachweis beizubringen, dass sie daselbst zum Geschäftsbetriebe behördlich zugelassen seien" (Oberst. G. Wien vom 7. Juni 1876 Z. 6421, Gerichtshalle S. 335).

[1]) v. Cannstein: Sind Handelsgesellschaften Kaufleute? in der Zeitschrift für Handelsrecht XX 89.

pflichten. Die Obligation aus dem Vertrage geht auf Haltung der verabredeten Gemeinschaft und auf Theilung des gemeinschaftlichen Vermögens nach Auflösung des Vertrages. Die Eigenartigkeit des die Aktionäre umschlingenden obligatorischen Nexus fliesst aus den Prämissen der Aktiengesellschaft als eines nach dem Prinzip der absolut beschränkten Beitrags- und Haftpflicht aller Genossen organisirten Majoritätsverbandes. Durch den Wegfall der Pflicht zur Thätigkeit für den gemeinsamen Zweck und wegen Herabminderung des vermögensrechtlichen Risikos auf den Betrag der gezeichneten Einlage entbehrt das Rechtsverhältniss der höchst persönlichen Natur, welche der römischen Sozietät und der modernen offenen Handelsgesellschaft beiwohnt. Die Gemeinschaft vinkulirt nicht mehr als ein absolut begrenztes Stück des Privatvermögens der Genossen, während der Rest des Vermögens und die Person frei bleiben. Durch Leistung der gezeichneten Einlage ist die einzige positive Zwangspflicht aus der Betheiligung erfüllt. Eine Pflicht zu Nachschüssen oder zur Entfaltung einer persönlichen Thätigkeit in den Gesellschaftsangelegenheiten besteht nicht als mit dem System der absolut beschränkten Beitragspflicht unvereinbar. Der Aktionär ist weder zur Annahme einer Wahl noch zum Besuch der Gesellschaftsversammlungen oder zu irgend einer persönlichen Mitwirkung behufs Erreichung des Gesellschaftszwecks verpflichtet. Er ist nicht schuldig die Gründe seiner Abstimmung anzugeben oder zu rechtfertigen oder bei der Abstimmung irgend eine Sorgfalt (culpa in abstracto oder in concreto) zu prästiren.[2])

Die Ausgleichung zwischen dem Partikularinteresse und dem Gemeininteresse wird nach der Veranlagung der Aktiengesellschaft durch die Zwecksatzung besorgt (§ 106) d. h. die Summe der Selbstbeschränkungen, die sich Jeder durch seinen Beitritt zum Unternehmen (Aktienzeichnung, Aktienkauf) selbst setzt und setzen muss, wenn der Verein produktions- und kreditfähig sein soll. Jeder verzichtet in dieser Selbsterkenntniss auf die selbständige Ausübung gewisser in der Mitprinzipalschaft und dem Miteigenthum liegenden Befugnisse: a. auf das Mitrecht der Aufbewahrung, Benutzung (Usus, Ususfructus), überhaupt auf jede Verfügung Betreff des gemeinschaftlichen Vermögens und zwar sowohl nach der faktischen als nach der rechtlichen Seite hin, so dass das Gesellschaftsvermögen durch Rechtsgeschäfte des Einzelaktionärs nicht anders als nach Maassgabe der allgemeinen Grundsätze über Mandat, Vollmacht, Geschäftsführung ohne Auftrag und nützliche Verwendung erhalten, vermehrt oder vermindert werden kann, b. das Recht sich wider Willen der Anderen in die Geschäftsführung oder Verwaltung einzumischen, c. auf das Veto bei Wahlen und den zur Kompetenz der Generalversammlung (§ 120) gesetzlich oder statutarisch gehörigen Angelegenheiten, d. auf das Recht durch Kündigung die Theilung des Vermögens vor

---

[2]) Anders Becker, Beiträge zum Aktienrecht in der Zeitschr. f. Handelsr. XVII S. 444: „Bei jeder beschliessenden Versammlung eines Majoritätsverbandes ist Jeder verpflichtet, die gemeinsamen Interessen Aller wahrzunehmen und würde jedes Zuwiderhandeln allen Uebrigen mit der Kontraktsklage durchzuführende Ansprüche gegen den Thäter geben.“

der von Allen gewollten Zeit herbeizuführen „er kann den eingezahlten Betrag nicht zurückfordern“ (Art. 216 A. 2). e. Jeder unterwirft sich diesen Beschränkungen, so lange der Vertrag dauert, wobei jeder in Betreff der Auflösung des Vertrages mutuo dissensu auf seinen Sonderwillen verzichtet und zwar ohne Unterschied ob der Vertrag auf bestimmte oder unbestimmte Zeit geschlossen ist. Rechte und Pflichten des Aktionärs sind Korrelate. Das ganze Verhältniss hat eine durchaus synnalagmatische Natur. Die Einlage, die Theilnahme am Verlust des Unternehmens und die Selbstbeschränkungen sind der Preis für die Erlangung der gewollten Aktienrechte d. h. für die Mitgliedschaft bei einem gewerblichen Unternehmen mit den an den Begriff der Aktien im Gesetz geknüpften Privilegien (§§ 124—127).

Die Einlage ist gewissermaassen der Spezialpreis für den vermögensrechtlichen Werth der Mitgliedschaft (Dividende, Miteigenthum), während die Befreiungen von allen mit der Betheiligung bei einem Gesellschaftsunternehmen verbundenen Unbequemlichkeiten, die Kompensation für die Beschränkungen der Zwecksatzung bilden. Dazwischen stehen gewisse auf den Schutz des vermögensrechtlichen Interesses, welches der Aktionär „an der Gesellschaft“ hat, berechnete Mitverwaltungsrechte. Den Maassstab für die Vertheilung der Vortheile und Kosten des Unternehmens bildet nach dem System des Geldnominalbetrages des Grundkapitals, die Proportion der Ziffer der Minimaleinlage zu der Gesammtsumme des Grundkapitals (100 zu 1,000 000).

Das Prinzip der Vertheilung nach der Höhe des Beitrags zum Gesellschaftsfonds ohne Rücksichtnahme auf die Kopfzahl oder auf die persönliche Thätigkeit ist bei der Aktiengesellschaft ganz konsequent durchgeführt und ist damit die Grundlage für die Mobilisirung und die Cirkulationsfähigkeit der Aktiengesellschaftsantheile gewonnen.

Jeder Aktionär steht allen Mitaktionären als Promittent und Promissar gegenüber. Jeder stipulirt die Erfüllung seiner Sozietätspflichten und empfängt von den Anderen die Promesse der Anerkennung seiner Sozietätsrechte. Die Sozietätspflichten (Einlage, Beschränkungen der Zwecksatzung) sind Sonderpflichten des Einzelaktionärs, indem sie von Jedem „besonders“ aus seinem Sondervermögen zu erfüllen sind. Alle Sozietätsrechte sind Sonderrechte des Einzelaktionärs, die von Jedem selbständig ausgeübt und vertheidigt werden. Das berechtigte und verpflichtete Subjekt, welches Jedem in Betreff der Sonderrechte und Sonderpflichten entgegensteht, sind die sämmtlichen Mitaktionäre. Jeder ist zu der Forderung, dass Jeder gleich und mit ihm die Pflicht zur Leistung der Einlage gehörig erfülle, mit berechtigt, sowie Jeder die Mitverpflichtung übernimmt, dass das Stimmrecht, das Dividendenrecht u. s. w. des Mitaktionärs respektirt werden sollen. Während der Dauer der Gemeinschaft aber ist Jeder durch die Nothwendigkeit der Mitwirkung aller Anderen beschränkt und geschützt. Die Ausübung aller Rechte und Pflichten, welche die Aktionäre aus dem Gesellschaftsvertrage gegen einander haben, erfolgt weder nach dem System der Korrealität noch nach dem Prinzip „obligationes sunt

ipso jure divisae", sondern nach dem System der Untheilbarkeit[3]) (Aneinandergebundenheit) und zwar so, dass keiner selbständig für sich, vielmehr nur in Gemeinschaft mit allen anderen Mitberechtigten die Erfüllung der Sonderpflichten vom Mitaktionär fordern darf, und dass die Anerkennung der Sonderrechte von dem Sonderberechtigten nicht gegen den einzelnen der mitverpflichteten Mitaktionäre, sondern nur gegen Alle zusammen geltend gemacht werden kann. Die Sonderpflichten des Einzelaktionärs sind nach der Seite des zur Forderung berechtigten Subjekts „verbundene Berechtigungen, zusammengebundene Theilrechte" — Verbandsrechte, die nur auszuüben, wenn alle Verbundenen dies **wollen.** Die Sonderrechte des Einzelaktionärs (Dividende) sind nach der Seite des zur Gewährung verpflichteten Subjekts Verbandspflichten, deren Erfüllung nur von allen Mitverpflichteten zusammen gefordert werden kann, also nur wenn Alle zur Erfüllung Verbundenen dies **müssen.**

Der dem Aktienunternehmen zur Erfüllung aller Ansprüche zur Disposition stehende Fonds besteht aus der Summe der gezeichneten Einlagen. Die vor der Registrirung eingezahlten Prozentsätze bilden mit dem, was damit erworben wird, das der Gesammtheit der Aktionäre gehörige, in deren Miteigenthum stehende Gesellschaftsvermögen (das sogenannte äussere Vereinsvermögen § 123) im Gegensatz zu den als inneres Gesellschaftsvermögen zu bezeichnenden ausstehenden Einlagen, die erst aus dem Sondervermögen des Beitragspflichtigen zur Gesellschaftskasse herausgeholt werden müssen, bis dahin also die Natur eines Reserve- oder Garantiekapitals haben. Die Beziehungen des Einzelaktionärs zu dem äusseren Gesellschaftsvermögen und den für das gemeinsame Unternehmen kontrahirten Schuldverbindlichkeiten sind die nämlichen wie in Bezug auf die Verbandsrechte und Verbandspflichten, nur dass der Verband hier die Totalität der Aktionäre umfasst und sich somit zur „Gesellschaft als solche" erweitert. Jeder Aktionär ist Miteigenthümer der Aktiva, aber jeder ist in der Geltendmachung der im Miteigenthum und in der Mitberechtigung begriffenen rechtlichen Macht durch die Konkurrenz aller übrigen beschränkt. Jeder ist Mitschuldner der für die Gesellschaft als solcher obliegenden Verbindlichkeiten, aber Jeder ist gegen seine Person treffende Unbequemlichkeiten und Belästigungen dadurch geschützt, dass die Erfüllung nicht von ihm allein, sondern nur von ihm und allen Mitverpflichteten zusammen begehrt werden darf.

Die Summe der Rechte und Pflichten, in Betreff deren Geltendmachung der Einzelaktionär durch die Konkurrenz der übrigen Mitaktionäre beschränkt oder

---

[3]) Vgl. über die Behandlung der untheilbaren Rechte und Pflichten im römischen Recht: Savigny, Obligationsrecht I § 29—36; das der Behandlung der Ausübung untheilbarer Obligationen, der Natur der Sache am meisten entsprechende Surrogat: Zwang zur Bestellung eines gemeinsamen Prokurators ist in den römischen Rechtsquellen nur in einzelnen Fällen erwähnt; vgl. Savigny l. c. S. 354 Not. d. Bei der Aktiengesellschaft ist dieser Zwang praktisch durchgeführt; eine analoge Behandlung ist von dem preussischen Landrecht für die aktive Korrealschuld, für das Miteigenthum auch für das passive Verhältniss einer Mehrheit von Miterben gesetzlich vorgeschrieben. — Vgl. auch Baron, Die Gesammtrechtsverhältnisse im römischen Recht (1863) und Dernburg, Lehrbuch des preuss. Privatrechts (1880) II § 217, III §§ 237—240.

beschützt ist, erfüllen die Kollektivsphäre der Aktiengesellschaft, deren Versorgung zwischen den sg. Organen der Aktiengesellschaft — Vorstand, Aufsichtsrath, Generalversammlung — dergestalt getheilt ist, dass dem Vorstand als dem Bevollmächtigten der Gesammtheit der Aktionäre die Verwahrung, Verwaltung des Vermögens sammt der laufenden Geschäftsführung und der Vertretung der Gesellschaft im Verkehr obliegen, während die Wahlen des Vorstandes und des Aufsichtsraths wie die oberste Kontrolle, über deren Geschäftsführung und die Beschlussfassung über alle den Vorstand und Aufsichtsrath nicht überwiesenen Gesellschaftsangelegenheiten zur Funktion der Generalversammlung der Aktionäre gehören. Der Aufsichtsrath ist auf die Wahrnehmung der Rechte der Generalversammlung und auf die Vertretung der Aktiengesellschaft bei Streitigkeiten mit dem Vorstande beschränkt (§ 122).

Artikel 225 a.

Der Aufsichtsrath überwacht die Geschäftsführung der Gesellschaft in allen Zweigen der Verwaltung; er kann sich von dem Gange der Angelegenheiten der Gesellschaft unterrichten, die Bücher und Schriften derselben jederzeit einsehen und den Bestand der Gesellschaftskasse untersuchen.

Er hat die Jahresrechnungen, die Bilanzen und die Vorschläge zur Gewinnvertheilung zu prüfen und darüber alljährlich der Generalversammlung der Aktionäre Bericht zu erstatten. Er hat eine Generalversammlung zu berufen, wenn dies im Interesse der Gesellschaft erforderlich ist.

Artikel 194: der Aufsichtsrath ist ermächtigt gegen die Vorstandsmitglieder die Prozesse zu führen, welche die Generalversammlung beschliesst.

Der Vorstand ist für alle Ansprüche aktiv und passiv legitimirt, welche in Geld verwandelt das Gesellschaftsvermögen zu erhalten, verändern und vermehren oder vermindern geeignet sind, ohne Unterschied ob es ein Aktionär oder Dritter ist, von welchem oder gegen welchen die Forderung geltend gemacht wird.

Die Bestandtheile der Kollektivsphäre sind dreierlei:

1. Die Rechte und Pflichten der Aktiengesellschaft als solche, welche allen Aktionären zusammen nach aussen hin zustehen, das Recht an der Firma und aus den staatlichen dem Unternehmen ertheilten Konzessionen eingeschlossen; — das äussere Gesellschaftsvermögen und die Gesellschaftsschulden —

2. die Ausübung der allen Aktionären **mit einander** in Betreff der Vermögensverwaltung sowie den Geschäfts- und Gesellschaftsbetrieb zustehenden Befugnisse und Obliegenheiten die sg. — inneren Gesellschaftsangelegenheiten. Ein Theil dieser inneren Gesellschaftsangelegenheiten ist im Artikel 224 hervorgehoben;

die Rechte, welche den Aktionären in Angelegenheiten der Gesellschaft, insbesondere auf die Führung der Geschäfte, die Einsicht und Prüfung der Bilanz und die Bestimmung der Gewinnvertheilung zustehen, werden von der Gesammtheit der Aktionäre in der Generalversammlung ausgeübt.

Es gehören aber alle von dem Vorstand und dem Aufsichtsrath für die

Gesellschaft besorgten Geschäfte dazu, da die sg. Gesellschaftsorgane nicht aus eigenem Recht, sondern nur an Stelle der Gesammtheit der Aktionäre thätig sind.

3. Die Verbandsrechte und Verbandspflichten genannten gesellschaftlichen Rechte und Pflichten, welche den Aktionären **gegen einander** zustehen, wie die Beitreibung der Einlagen und die Sorge dafür, dass den Sonderrechten des Einzelaktionärs Genüge geschieht. Jeder Aktionär steht somit während der Dauer der Kollektivsphäre seinen Mitaktionären in einer doppelten Rechtsqualität gegenüber: als freies nur durch den Gesellschaftsvertrag erfasstes Individuum in Betreff seiner Sonderrechte und Sonderpflichten, durch welche sein freies Sondervermögen vermehrt oder vermindert wird und als Verbandsperson, als unfreies mit allen anderen Mitaktionären zusammengebundenes Individuum in Betreff der Kollektivsphäre. Vermöge dieser doppelten Eigenschaft kann es vorkommen, dass sich der Aktionär in gewisser Beziehung selbst als Prozesspartei gegenübertreten kann, weil die Vertretung sowohl der Gesellschaft als solcher, wie des Verbandes der Mitaktionäre nach der Organisation der Aktiengesellschaft ein und demselben Gesellschaftsorgan übertragen ist (§ 123). Mit der Zerstörung der Organisation der Gesellschaft verschwindet die Kollektivsphäre und die darin enthaltenen aktiven und passiven Bestandtheile kehren frei von den darauf ruhenden Beschränkungen und Befreiungen als individuelle Theilrechte und Theilpflichten an die Einzelaktionäre, als dem Substrat der Rechte und Pflichten zurück (§ 128).

Die Universalversammlung — Einstimmigkeit aller jeweiligen Aktionäre — steht über der Generalversammlung und den Gesellschaftsorganen, deren beiderseitige Kompetenz auf die laufende Verwaltung und die Erhaltung des Unternehmens in dem durch den Gesellschaftsvertrag bestimmten Zustande und Umfange beschränkt ist. Die Universalversammlung ist allmächtig über das Schicksal des Unternehmens und des Gesellschaftsvermögens zu beschliessen und zu entscheiden. Ihrer Macht ist nur die für alle Verträge sowohl als für alle nicht mit dem Hoheitsrecht, der Gesetzgebung (Erschaffung von objektivem Recht) bewidmeten Vereine bestehende Schranke des „absoluten Rechts" gesetzt. Die unter diesen Begriff fallenden Bestandtheile des allgemeinen Rechts und des spezifischen Aktiengesellschaftsrechts (Vorschriften über Registrirung, Ausgabe von Aktienbriefen, Nothwendigkeit eines Vorstandes und Aufsichtsrathes und der jährlichen ordentlichen Generalversammlung, Verbot des Ankaufs eigener Aktien, die Kautelen bei der Vertheilung des Vermögens u. s. w.) sind als, zu unabänderlicher Herrschaft, bestimmte Satzungen der Rechtsordnung jeder Abänderung durch den Privatwillen entzogen. Den absoluten Geboten und Verboten des Gesetzes darf weder zuwider gehandelt, noch darf etwas beschlossen und gewollt werden, was damit in Widerspruch steht.[4]) Dies gilt für alle

[4]) Z. B. Verbot der societas leonina; das Dogma, dass Niemand in seiner eigenen Sache Richter oder Schiedsrichter sein darf, vgl. Ob.Trib. Berlin 6. Februar 1866 und vom 8. März 1878, Striethorst Bd. 64 S. 56, Bd. 78 S. 64; vgl. über die Ungültigkeit von statutarischen Bestimmungen wie „alle von dem Direktorium in seinem statutenmässigen Wirkungskreise ausgehenden Beschlüsse sind für sämmtliche Vereinsmitglieder

Stadien vor und nach der Registrirung, für die Universalversammlung, nicht minder für die Generalversammlung und Gesellschaftsorgane, dawider verstossende Rechtsgeschäfte sind Widerrechtlichkeiten, welche für den dadurch Beschädigten einen Regressanspruch gegen die schuldigen Urheber begründen. Der Umfang der Privatautonomie der Aktiengesellschaft reicht nicht weiter als die Vertragsfreiheit d. h. als die Befugniss der freien Gestaltung der vertraglichen Beziehungen unter einander und Dritten gegenüber innerhalb des Bereiches des subsidiären Rechts, wobei es quaestio facti bleibt, ob und wieweit die ausdrückliche oder stillschweigende Unterwerfung der Kontrahenten unter die vom subsidiären Recht abweichenden Satzungen im konkreten Falle stattgefunden hat.[5])

§ 120.

2. Das System der Generalversammlung.

Das System der Generalversammlung dient zur Ueberwindung des Zwiespaltes der Meinungen, sowie als Mittel, um zu bewirken, dass die Gleichgültigkeit und geographische Zerstreutheit der Interessenten ohne störenden und hemmenden Einfluss auf den Geschäftsgang und die Entwickelung des Unternehmens bleiben. Bei den kleineren nicht korporativ organisirten Majoritätsverbänden, wo mit dem Majoritätsprinzip, sei es vermöge einer gesetzlichen Vorschrift, wie z. B. bei der Mitrhederei oder auch auf Grund von Vertragsklauseln operirt wird, genügt es, wenn sich die Mehrheit der Betheiligten in irgend einer Weise (mündlich oder schriftlich) mit einander geeinigt und ihre Einigung der Minorität notifizirt hat.[1]) Bei den grösseren und deshalb korporativ organisirten Majoritätsverbänden muss der Mehrheitsbeschluss in einer dazu berufenen Versammlung der Vereinsgenossen erfolgt sein. Durch diesen Modus wird einerseits einem Jeden die Möglichkeit eröffnet, seinen Einfluss persönlich geltend zu machen, andererseits wird dadurch die Grundlage gewonnen, um von dem Erforderniss der absoluten Majorität (Mehrheit aller Aktien) zu abstrahiren und relative Majorität (Mehrheit der in der Generalversammlung vertretenen Aktien) als die Regel für die Beschlüsse zuzulassen. Nicht nur die Minorität der Er-

---

verbindlich, keinem Mitgliede steht dagegen eine gerichtliche Klage, sondern nur eine schriftliche Beschwerde oder Berufung an die Generalversammlung als letzte Instanz offen". R.O.H.G. vom 3. Oktober 1873 XXI 84 u. 4. Mai 1875, XIII S. 247.

[5]) Vgl. Gerber über die Lehre von der Autonomie in Bd. 37 des Archivs für civilistische Praxis (1854) und Bd. III, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts (1859); es heisst an letzterer Stelle S. 412: „Die Statuten der Aktiengesellschaften sind nichts anderes als Dispositionen, welche bestehende Rechtsinstitute und Rechtssätze zur Anwendung bringen, nicht aber Verfügungen, welche selbst Rechtssätze erzeugen, die Statuten solcher Gesellschaften erscheinen nur dem Auge des Laien als eine legislatorische Schöpfung statt als Summe einzelner vertragsmässiger Bestimmungen von ganz verschiedenem Karakter.

[1]) Vgl. R.O.H.G. XVI S. 380 vom 24. April 1875 über den Modus der Fassung eines Majoritätsbeschlusses einer Rhederei, wobei sich die Majorität unter einander unter Zuziehung der Minorität über den Verkauf des Schiffes geeinigt hatte.

schienenen, sondern auch alle Nichterschienenen,[2]) wenn gleich sie vielleicht die Mehrheit aller Aktien repräsentiren, sind an die von der Mehrheit der Anwesenden[3]) gefassten Beschlüsse gebunden. Der Beitritt zu dem Aktiengesellschaftsvertrage enthält die stillschweigende Willensbindung in Betreff aller zur Kollektivsphäre gehörigen Gesellschaftsangelegenheiten: die Erklärung des Gebundenen, dass er der zwischen der Mehrheit der Generalversammlung getroffenen Willenseinigung gegenüber seinen Sonderwillen aufgeben und sich dieser Willenseinigung als auch seinem Willen entsprechend anschliessen wolle. Vermöge dieser stillschweigenden Willensunterwerfung haben die Beschlüsse der Generalversammlung dieselbe rechtliche Wirkung, als wenn alle Aktionäre erschienen und einstimmig gewesen wären. Sobald die Generalversammlung gesprochen hat, ist der Unterschied zwischen Majorität und Minorität beseitigt, es besteht nur ein einziger und untheilbarer Wille aller, welcher die oberste Entscheidung in allen zur Kompetenz der Generalversammlung gehörigen Angelegenheiten bildet.[4]) Die Thätigkeit der Generalversammlung ist eine beschliessende und berathende. Die Ausführung der Beschlüsse erfolgt durch den Vorstand, unter Umständen auch durch den Aufsichtsrath oder auch durch besondere in der Generalversammlung gewählte Bevollmächtigte, so z. B. im Fall des Artikel 195 „wenn die Aktionäre selbst in Gesammtheit und im gemeinsamen Interesse gegen die Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsrathes auftreten und Prozesse führen wollen."

Das Stimmrecht in der Generalversammlung ist ein naturale negotii, es kann darauf vertragsmässig verzichtet, es kann beschränkt werden, „jede Aktie gewährt dem Inhaber eine Stimme, wenn nicht der Gesellschaftsvertrag ein anderes festsetzt" (Art. 224 A. 2). Eine Vertretung bei Ausübung des Stimmrechts ist mangels Einschränkungen des Statuts nach den allgemeinen Grundsätzen über Stellvertretung zulässig, auch so, dass die Aktien dem Stellvertreter mit dem Auftrage gegeben werden, das Stimmrecht im eigenen Namen ohne Angabe des Vollmachtsverhältnisses auszuüben.[5]) Wenn jedoch, wie dies vielfach vorkommt, die Ausübung des Stimmrechts von dem Besitz einer Mehrheit von Aktien abhängig gemacht ist, oder mit dem Besitz einer grösseren Anzahl von

---

[2]) Jolly in d. Zeitschr. f. deutsch. R. XI S. 409. „Es darf nicht in die Gewalt des Einzelnen gegeben sein, lediglich durch nichts thun die Thätigkeit des Ganzen zu hindern, wo nicht ein rechtlicher Zwang zur Theilnahme an den gemeinsamen Beschlüssen stattfindet, muss wenigstens ein Zwang auf Anerkennung der Beschlüsse vorhanden sein, an deren Bildung man selbst verschuldeter Weise keinen Antheil nahm, zumal auch Vertretung durch Nichtaktionäre zulässig."

[3]) Wer sich vor der Abstimmung entfernt, gilt als nicht anwesend: O.T. Berlin vom 1. März 1864, Entsch. Bd. 52 S. 193.

[4]) An die Stelle der Zustimmung sämmtlicher Gesellschafter tritt bei der Aktiengesellschaft die Zustimmung der Generalversammlung, eine Willenserklärung, die nur in der gesetz- und statutenmässigen Weise erfolgt zu sein braucht, um gegen alle Gesellschafter, auch die in der Generalversammlung nicht erschienenen oder überstimmten Aktionäre Wirkung zu haben (Reichsgericht U. vom 28. Januar 1881 III S. 56).

[5]) Vgl. O.T. Berlin vom 16. September 1868 in d. Zeitschr. f. Handelsr. XV 274.

Aktien nur die Führung eines bestimmten Maximums von Stimmen gestattet ist, so dürfen diese vertraglichen Verbote nicht dadurch umgangen werden, dass im Wege der Stellvertretung nicht stimmberechtigte Aktien zusammengelegt oder vertheilt werden. Wird die Umgehung aufgedeckt, so werden die vertragsmässig nicht stimmberechtigten Aktien nicht mitgezählt. Hierher gehört auch der Fall des unbefugten Ausleihens von Aktien durch den Banquier, bei dem die Dokumente deponirt sind. Die von den verliehenen Aktien abgegebenen Stimmen sind ungültig, wenn nicht die, auch in der Annahme des Leihgeldes liegende, Ratihabition des Eigners der Aktien dazu tritt. [6]) Kollisionen zwischen den Sonderinteressen des Aktionärs und dem Gemeininteresse begründen keine Zwangspflicht zur Enthaltung der Abstimmung, weil der Einzelaktionär nach Leistung seiner Einlage dem Verbande frei gegenübersteht und innerhalb der allgemein erlaubten Grenzen nicht verhindert ist, die Betheiligung für seinen Privatvortheil auszunutzen, wie denn die Zeichnung von Aktien vielfach auf solchen offen erklärten Motiven beruht, um z. B. Agenturen, Lieferungen, Entreprisen von der Gesellschaft zu erhalten. Eine Ausnahme gilt nur vermöge der positiven Vorschrift der Art. 239 A. 2, 3.

> Zur Entlastung des Vorstandes bei Legung der Rechnung können Personen nicht bestellt werden, welche auf irgend eine Weise an der Geschäftsführung Theil nehmen.
>
> Dieses Verbot bezieht sich nicht auf die Personen, welchen die Aufsicht über die Geschäftsführung zusteht. [7])

Darnach ist dem Vorstand und den Gesellschaftsbeamten, die zugleich Aktionäre sind, die Ausübung des Stimmrechts bei Dechargebeschlüssen gesetzlich entzogen.

Obligatorisch ist die Abhaltung der ordentlichen Jahresversammlung und deren Tagesordnung: a. Vorlegung der Bilanz durch den Vorstand „er muss den Aktionären spätestens in den ersten sechs Monaten jedes Geschäftsjahres eine Bilanz des verflossenen Geschäftsjahres vorlegen (Art. 239) und b. Bericht des Aufsichtsraths über das Resultat der ihm auferlegten Prüfung der Jahresrechnung, der Bilanzen und der Vorschläge zur Gewinnvertheilung (Art. 225 a). Hierauf und auf die Aufsichtsrathswahl sind die unentziehbaren Attribute der Generalversammlung beschränkt. Die Genehmigung der Bilanz also, die Entscheidung über Ertheilung oder Versagung der Decharge sowie die Festsetzung der Dividende können statutarisch dem Aufsichtsrath oder anderen Personen, wie z. B. einer Revisionskommission übertragen werden. Der Natur der Sache nach ist eine zahlreich besuchte Versammlung auch nicht der Ort, wo derartige Rechnungssachen sachgemäss und erschöpfend abgehandelt werden können, namentlich

---

[6]) Ueber Leihgeld von Aktien vgl. O.H.G. vom 14. Dezbr. 1876 XXIII S. 263.

[7]) Diese Vorschrift fehlt dem preuss. Berggesetz vom 24. Juni 1865. Die Praxis hat sich daher gegen die Verkürzung des dem rechnungslegenden Repräsentanten als Mitgewerken zustehenden Stimmrechts ausgesprochen. Vgl. O.T. Berlin vom 12. Juli 1875, Striethorst Bd. 95 S. 53.

da dem Aktionär wegen der Vielköpfigkeit der Aktiengesellschaft das dem Kommanditisten zustehende Recht des Art. 160.[8])

> Jeder Kommanditist ist berechtigt, die abschriftliche Mittheilung der jährlichen Bilanz zu verlangen und die Richtigkeit derselben unter Einsicht der Bücher und Papiere zu prüfen.
>
> Jedoch kann das Handelsgericht auf den Antrag eines Kommanditisten, wenn wichtige Gründe dazu vorliegen, die Mittheilung, einer Bilanz oder sonstigen Aufklärungen nebst Vorlegung der Bücher und Papiere zu jeder Zeit anordnen.

versagt ist.

Ausserordentliche Generalversammlungen können so oft berufen werden als es im Interesse der Gesellschaft erforderlich erscheint (Art. 237, 225 a). Eine solche Berufung muss auf Antrag der Eigner des zehnten Theils des Aktienkapitals erfolgen:

> Artikel 237.
>
> Die Generalversammlung muss auch dann berufen werden, wenn dies ein Aktionär oder eine Anzahl von Aktionären, deren Aktien zusammen den zehnten Theil des Grundkapitals darstellen, in einer von ihnen unterzeichneten Eingabe unter Angabe des Zwecks und der Gründe verlangen. Ist in dem Gesellschaftsvertrage das Recht, die Berufung einer Generalversammlung zu verlangen, an den Besitz eines grösseren oder eines geringeren Antheils am Grundkapital geknüpft, so hat es hierbei sein Bewenden.

Der Vorstand muss ferner nach Art. 240 unverzüglich eine Generalversammlung berufen, „wenn sich aus der letzten Bilanz ergibt, dass sich das Grundkapital um die Hälfte vermindert hat“. Die Generalversammlung wird durch den Vorstand berufen, soweit nicht nach dem Gesellschaftsvertrage noch andere Personen dazu befugt sind (Art. 236). Zur Berufung ausserordentlicher ist auch der Aufsichtsrath für befugt erklärt (Art. 225 a). Das Handelsgericht (Amtsgericht) konkurrirt nur im Fall des Art. 195 „falls aus irgend einem Grunde die Bestellung von Bevollmächtigten zur Führung von Prozessen wider Vorstand und Aufsichtsrathsmitglieder erforderlich. Sonst ist das Gericht zur Berufung von Generalversammlungen auf Antrag von Aktionären nicht befugt. Die von Personen, die weder gesetzlich noch statutarisch ein Mandat zur Berufung der Generalversammlung haben, ausgehenden Aufforderungen können nur eine „Vorversammlung“, aber keine Generalversammlung im Sinne des Gesetzes zu Stande bringen.

Die sg. Förmlichkeiten der Generalversammlung sind sowohl darauf berechnet, dass Jedem die Möglichkeit des Erscheinens und der Prüfung, ob sein Erscheinen erforderlich (Schutz gegen Ueberraschungen) geboten wird, als darauf, dass in der Versammlung ein bestimmter Wille der Mehrheit zum Ausdruck

[8]) O.G. Wien vom 26. Januar 1876 (Gerichtshalle S. 174) spricht daher auch im Falle des über das Vermögen der Aktiengesellschaft ausgebrochenen Konkurses den einzelnen Aktionären ein solches Prüfungsrecht in Ansehung derjenigen Bilanzen ab, auf welche hin die Konkurseröffnung erfolgte.

gelange und endlich darauf, dass auch den Nichterschienenen die Möglichkeit der Kontrolle, ob gesetzmässig verfahren, nicht abgeschnitten wird:

1. Die Einladung zu der Generalversammlung hat in der durch den Gesellschaftsvertrag bestimmten Weise (Modus der Einladung, Berufungsfrist) zu erfolgen. Wenn nicht öffentliche Aufforderung durch die Gesellschaftsblätter, Aushang im Geschäftslokal u. s. w. statutarisch vorgeschrieben sind, so muss jeder Aktionär, so weit er bekannt ist, individuell aufgefordert werden. Zur Vermeidung der hiermit verbundenen Unzuträglichkeiten soll kein Statut registrirt werden, in welchem nicht die Form, in welcher die Zusammenberufung der Aktionäre zu geschehen, näher bestimmt ist (Art. 209 Z. 9). Die Versammlung muss zu der bekannt gemachten Zeit und an dem bekannt gemachten Orte stattfinden.

2. Ueber andere als in der Berufung angekündigte Gegenstände [9]) darf kein Beschluss gefasst werden, mit alleiniger Ausnahme eines Beschlusses über den in einer Generalversammlung gestellten Antrag auf Berufung einer ausserordentlichen Generalversammlung. Die Tagesordnung muss bestimmt und klar angegeben sein und innegehalten werden. Zur Stellung von Anträgen und zur Verhandlung ohne Beschlussfassung bedarf es der Ankündigung nicht (Art. 238).

3. Nach Schluss der Debatte, worüber Mangelns statutarischer Bestimmung die Versammlung zu entscheiden hat, erfolgt die Abstimmung durch Zählung der Stimmen, oder wenn Einstimmigkeit vorhanden ist, durch Akklamation. Für die Bedingungen des Stimmrechts und die Form, in welcher dasselbe ausgeübt wird, entscheiden die Vorschriften des Statuts (Art. 209 Z. 10) ebenso über die Art und Weise der Legitimation der Mitglieder und deren Stellvertreter.

4. Für die Protokolle der Generalversammlung genügt die Schriftform; nur für alle Statutenänderungen, sowie für eine Fortsetzung der Gesellschaft über den vertragsmässig bestimmten Endtermin hinaus ist die notarielle [10]) oder gerichtliche Form vorgeschrieben (Art. 214). Die besondere Beweiskraft der englischen Gesellschaftsakte von 1862: „Jedes in das Protokollbuch eingetragene Protokoll soll, wenn von dem Präsidium der betreffenden Versammlung oder dem Präsidenten der nächstfolgenden Versammlung unterzeichnet, als Beweis bei allen gerichtlichen Verhandlungen gelten und bis zum Beweise des Gegentheils soll jede Generalversammlung der Gesellschaft, oder jede Versammlung von Direktoren oder Geschäftsführern bezüglich der Verhandlungen, deren Protokolle so eingetragen sind, als ordnungsmässig abgehalten und berufen, alle darin gefassten Beschlüsse oder gepflogenen Verhandlungen als ordnungsmässig gefasst und gepflogen, alle Einsetzungen von Direktoren, Geschäftsführern oder Liquidatoren als gültig erachtet werden ungeachtet irgend eines Mangels, der später in ihren Einsetzungen oder Qualifikationen aufgefunden werden mag", steht den Protokollen [11]) der deutschen Aktiengesellschaften nicht zu.

---

[9]) O.G. Wien vom 15. März 1877 (Juristische Blätter S. 177, Gerichtshalle S. 148): Der Beschluss einer fünfzehnprozentigen Einzahlung ist ungesetzlich, wenn in der Bekanntmachung nur eine zehnprozentige Einzahlung als Tagesordnung bezeichnet ist.

[10]) Sächs. G. vom 9. April 1872; Keyssner in Busch Arch. XXVII 37.

[11]) Partikularrechtlich auch nicht den Protokollen der privilegirten Korporationen.

5. Ueber die Leitung der Generalversammlung entscheidet das Statut oder der Beschluss der Anwesenden.[12])

Die Beobachtung der gesetzlich oder vertraglich vorgeschriebenen Förmlichkeiten und die materielle Kompetenz der Generalversammlung bilden die beiden Vorbedingungen für die Selbstbindung des Sonderwillens des Aktionärs und damit die Voraussetzungen der Fiktion, als ob der Beschluss der Generalversammlung der Wille Aller wäre. Die beiden Bedingungen müssen stets vorhanden sein, wenn die Zwangspflicht zur Unterwerfung unter einen Beschluss der Generalversammlung existent werden soll. Gegen diese Voraussetzungen entbehrenden Generalversammlungsbeschlüsse kann von Jedem, der nicht dafür gestimmt hat, Widerspruch[13]) und zwar mit der Wirkung erhoben werden, dass der Beschluss dem Widersprechenden gegenüber als nicht gefasst gilt. Die Sozietätsrechte und Sozietätspflichten des Widersprechenden bleiben in dem Zustande vor Fassung des Beschlusses.

Als Willenserklärungen unterliegen Generalversammlungsbeschlüsse auch den allgemeinen für die Anfechtung und Nichtigkeit von Rechtsgeschäften geltenden Grundsätzen, so z. B. wenn der Beschluss durch Irrthum oder Betrug (irrige oder gefälschte Bilanz) verursacht worden ist. Die für die Generalversammlung gegebenen Förmlichkeiten[14]) gelten nicht für die Universalversammlung, weil die Einstimmigkeit hier ausdrücklich erklärt, nicht blos fingirt wird.

§ 121.

3. Das Sonderrecht des Aktionärs.

Alle an die Eigenschaft als Aktionär gesetzlich oder vertragsmässig geknüpften, ausserhalb des Bereichs der Generalversammlung stehenden Sozietätsrechte sind Sonderrechte des Aktionärs, zu deren Ausübung er selbständig für seine Person befugt ist, im Gegensatz zu den Kollektivrechten oder den Rechten,

---

Vgl. O.T. Berlin vom 27. Juni 1845, Plenarbeschluss Entsch. XI S. 73, „namentlich kann ein blosses Wahlprotokoll für sich allein die Legitimation nicht herstellen, weil dasselbe rücksichtlich der Wähler ein documentum referens sine relato ist, wie denn auch das Wahlprotokoll für sich allein dafür keine Gewähr bietet, dass die Wahl statutenmässig erfolgt sei."

[12]) Keyssner, Die Leitung der Generalversammlung der A.G. durch den Vorsitzenden im deutsch. Handelsblatt 1876 S. 218.

[13]) O.T. Berlin vom 16. September 1868 in d. Zeitschr. f. Handelsr. XV S. 273, wo ausgesprochen ist, dass Verletzung der Förmlichkeiten in der Versammlung selbst gerügt werden müssen, indem es einem Aktionär nicht gestattet sei, gegen etwaige Formalitäten begangene Verstösse einstweilen ungerügt hingehen zu lassen und gelegentlich die damit in Zusammenhang stehenden Akte als ungiltig anzufechten.

[14]) Auch bei Korporationen wird durch die wirkliche Anwesenheit aller Mitglieder der Mangel der Einladung in allen Fällen beseitigt, in welchen als wesentlicher Zweck der Einladung nicht etwa die Nothwendigkeit der besonderen Vorbereitung seitens der Mitglieder für die Berathung anzunehmen ist; vgl. O.T.B. Berlin vom 23. November 1857 in Striethorst, Archiv XVI S. 36.

welche die Aktionäre mit einander so haben, dass jeder zur Ausübung nur mit allen anderen in Gemeinschaft befugt ist. Bei Ausübung dieser Rechte steht der Aktionär dem Verbande seiner Mitgenossen völlig frei gegenüber, es ist ihm unverwehrt, seinen Sonderwillen voll und ungeschmälert zur Geltung zu bringen, selbst wenn dadurch das gemeinsame Interesse und das Schicksal des Unternehmens gefährdet würden.[1] Weitere Opfer als die Leistung der Einlage, die Theilnahme am Verlust und die Unterordnung seines Willens in Betreff der zur Kompetenz der Generalversammlung gehörigen Gesellschaftsangelegenheiten sind dem Aktionär nicht angesonnen.

Die Sonderrechte sind theils negativer, theils positiver Beschaffenheit. Das negative Grundrecht ist die Befreiung von allen weiteren über das Maass der gesetzlichen und vertraglichen Sonderpflichten hinausgehenden Anforderungen an Person und Vermögen. Daher dürfen mit der Aktionärschaft verbundene Willensbeschränkungen weder erweitert, noch über die von vornherein gesetzte Zeit verlängert werden, es darf ferner auch die gesetzlich oder vertragsmässig bestehende Veräusserlichkeit der Aktien nicht verkürzt oder durch Vorenthaltung der statutenmässig auszufertigenden Aktienbriefe vereitelt werden.

Die positiven Grundrechte sind: der Anspruch auf Gewinnvertheilung während der Dauer des Vertrages (Dividendenrecht), das Recht auf Vertheilung des Vermögens nach Auflösung des Vertrages; ferner die Zulassung zu den dem Einzelaktionär zustehenden Mitverwaltungsrechten: a. das Recht die Berufung einer Generalversammlung in den gesetzlich bestimmten Zwangsfällen herbeizuführen, b. das Recht zur Ausübung des vertragsmässigen Stimmrechts in der Generalversammlung, c. das Recht bei von der Generalversammlung gegen Vorstand und Aufsichtsrath beschlossenen Prozessen als Intervenient auf seine Kosten beizutreten (Art. 22b, 194, 195). Das Mitrecht an der Vermögenssubstanz und deren Früchte ist der Hauptinhalt der Aktienrechte, der Selbstzweck und das Motiv der Betheiligung; die anderen Sonderrechte sind wesentlich nur Mittel zum Zweck, um zu verhindern, dass das Dividendenrecht und das Miteigenthum des Aktionärs in unzulässiger Weise geschmälert werden, wie denn der präsumtive Geldwerth dieser beiden Rechte es ist, der sich in dem Aktienkurs ausspricht.

Neben den mit der Betheiligung schlechthin verbundenen und allen Aktionären zukommenden Rechten stehen die gesellschaftlichen Neben- und Vorrechte, welche durch das Statut oder durch einen Nebenvertrag allen oder einzelnen Aktionären besonders, sei es für ihre Thätigkeit oder aus anderen Gründen, eingeräumt sind; wie die Ansprüche aus, der Gesellschaft ertheilten, Dividenden-

---

[1] Wie einerseits bei gesetzmässigem Verhalten der Organe der Gesellschaft der einzelne Aktionär nicht geltend machen kann, dass der gefasste oder ausgeführte Beschluss den Interessen der Gesellschaft zuwiderlaufe, so kann andererseits bei rechtswidrigem Vorgehen der Gesellschaftsorgane dem Anfechtungsrecht des einzelnen Aktionärs der Einwand nicht wirksam entgegen gestellt werden, dass der rechtswidrig gefasste Beschluss den Interessen der Gesellschaft förderlich gewesen sei (U. des Reichsgerichts vom 19. Februar 1881 Bd. III S. 126).

garantien [2]) (§ 123) die Emolumente sammt der statutarischen Sonderstellung des Aufsichtsraths, sowie die einen integrirenden Theil des Gesellschaftsvertrages bildenden Vortheile des Art. 209 b. Zur letzteren Kategorie gehören z. B. die sg. Bezugsrechte [3]) der ersten Aktionäre und deren Rechtsnachfolger, d. h. das Wahlrecht, die zum Zweck einer Kapitalserhöhung neu emittirten Aktien selbst zeichnen und nehmen zu dürfen, ferner die manchen Klassen von Aktionären (Stammprioritätsaktien, Prioritätsaktien) [4]) bewilligten Vorrechte bei der Vertheilung des Gewinnes oder auch des Vermögens, wozu auch das sg. Dividendennachbezugsrecht gehört. Den Prioritätsaktien ist nämlich häufig ein bestimmter Betrag als Minimaldividende und zwar derartig zugesagt, dass die Inhaber der sg. Stammaktien erst dann an der Dividende mit partizipiren, wenn die stipulirte Minimaldividende den Prioritätsaktien gewährt ist. Ausserdem ist in manchen Statuten die Bestimmung enthalten, dass wenn in einem Jahre der Reinertrag zur Zahlung der den Prioritätsaktien zugesagten Minimaldividende nicht ausreichen sollte, der Ausfall aus dem Reingewinn der späteren günstigeren Jahre nachgezahlt werden solle. Das Schema eines solchen Dividendenscheines lautet dann

> der Inhaber dieses Dividendenscheines hat gegen Einlieferung desselben an den laut Bilanz sich ergebenden Reingewinn der Gesellschaft für das Jahr X. ein Prioritätsanspruch bis zu 10 Thlr. (5 % von 200 Thlr.). Ausserdem wird der Ueberschuss des vertheilungsfähigen Reingewinnes pro rata unter die Stamm- und die Stammprioritätsaktien vertheilt.

Hierbei ist es gebräuchlich, dass soweit nur ein Theil der prioritätischen Dividendenbeträge gezahlt wird, die Abstempelung des gezahlten Betrages auf dem betreffenden Dividendenschein unter Rückgabe desselben an den Präsentanten erfolgt. [5])

---

[2]) Jacques, Die Rechtsverhältnisse der mit Zinsengarantien versehenen Eisenbahn-Aktiengesellschaften. Wien 1864.

[3]) Verschieden davon sind die zuweilen den Gründern für ihre Person ohne Rücksicht auf die Fortdauer des Aktienbesitzes vertragsmässig zugebilligten Bezugsrechte auf neue Aktien, vgl. O.H.G. vom 12. Februar 1875 XVII S. 131.

[4]) Bekker über Stammprioritäts-Aktien in d. Zeitschr. f. Handelsr. XVI S. 32—85 — die Lehre von den Prioritätsaktien von Meili, Zürich 1874 — über Prioritätsstammaktien von Strombeck aus Busch, Archiv für Theorie und Praxis Bd. 33 1—138, besonders abgedruckt Berlin 1876. — Wiener, Kritik der beiden letzteren Schriften in d. Zeitschr. f. Handelsr. XXIII S. 330—341. — Keyssner in v. Holtzendorffs Rechtslexikon s. v. Prioritätsaktien, woselbst auch die gesammte Literatur allegirt ist.

[5]) Das Dividendennachbezugsrecht hat die beiden Streitfragen hervorgerufen: a. ob aus dem Reinertrag eines Jahres zunächst der laufende Dividendenschein also vor dem Nachbezugsrecht für die früheren Jahre zu befriedigen oder ob dem Nachbezugsrecht das Vorrecht vor dem laufenden Dividendenanspruch gebührt — vgl. Muntzinger, Rechtsgutachten über die Ansprüche der Prioritätsaktien der Gesellschaft der vereinigten Schweizerbahnen auf Dividendennachzahlung. Bern 1873 S. 59, 60 — und b. in welchem Verhältniss, abgesehen von der Frage zu a. die verschiedenen Bezugsrechte unter einander rangiren, ob nach dem Altersvorzuge oder pro rata. — Die Entscheidung ist aus dem vermuthlichen Willen der Kontrahenten, dem Statut, zu entnehmen. Von diesem Stand-

Im Begriff der Sonderrechte liegt die Unstatthaftigkeit ihrer Entziehung oder Schmälerung anders als durch den Willen des Inhabers der Berechtigung. Alle Sonderrechte stehen als Vertragsrechte unter dem Schutz des Vertrages und insofern hat jeder Aktionär ein Sonderrecht darauf, dass der Gesellschaftsvertrag, auf Grund dessen der Eintritt oder Beitritt erfolgt ist, nicht wider seinen Willen abgeändert werde. Es gibt aber eine Reihe von Statutenänderungen, bei welchen die Sonderrechte entweder unberührt bleiben wie bei Veränderungen der Organisation (Zahl der Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsraths u. s. w.) oder wo sie zwar mittelbar berührt, aber insofern nicht geschmälert werden als die Betheiligungsquote des Aktionärs (§§ 126, 127) keine Veränderung zu seinem Nachtheil erleidet, wie z. B. bei Grundkapitalsreduktionen, Aenderung des Gegenstandes des Unternehmens. Für die in dieses Gebiet fallenden Statutenänderungen besteht die Streitfrage, inwieweit es hierzu der ausdrücklichen Einwilligung aller Aktionäre bedarf. Es ist die Frage zu untersuchen ob dem Aktionär ein Sonderrecht darauf zusteht, dass überhaupt kein Wort des Statuts wider seinen Willen abgeändert werde, und zwar ohne Unterschied, ob damit ein Eingriff in die Sonderrechte in specie verbunden ist oder nicht. In der Vertragsnatur der Aktiengesellschaft ist es begründet, dass jede Aenderung des Gesellschaftsvertrages auf den einmüthigen Willen Aller zurückgeführt werden muss, so dass jede Willkür der Gesellschaftsorgane ausgeschlossen ist und es sich nur fragen kann, welches System bei Statutenänderungen zur Anwendung zu bringen ist, ob das System der Generalversammlung oder das System der Universalversammlung. Die ausdrückliche Unterwerfung der Vertragsrechte unter die schrankenlose Willkür der Mitkontrahenten — freies Ermessen (merum arbitrium) im Gegensatz zu dem objektiv messbaren und deshalb der richterlichen Remedur unterliegenden billigen Ermessen (arbitrium boni viri) — widerspricht[6]) ebensowohl der Vertragstheorie als dem der Selbsthülfe widerstrebenden öffentlichen Recht, so dass selbst die Klausel des Statuts: die Generalversammlung soll zu allen Aenderungen des Statuts befugt sein, der unzufriedenen Majorität das Recht auf Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen nicht entzieht, wenn die beschlossene Vertragsänderung vor dem Forum des billigen Ermessens nicht bestehen kann. Weiter

---

punkt aus ist von der deutschen Praxis das Vorrecht des laufenden Dividendenscheins vor dem Nachbezugsrecht aus früheren Jahren bejaht und zu b. die tributarische Vertheilung verneint und angenommen worden, dass auf die nach Befriedigung des laufenden Dividendenscheins der Stammprioritätsaktien verbleibenden Reinerträge zunächst die ältesten Nachbezugsrechte Anspruch haben; vgl. R.O.H.G. vom 18. Mai 1877 XXII S. 363 und über die Konstruktion des Nachbezugsrechts als einer Dividendengarantie, welche die Gesellschaft übernommen hat, für welche aber das Befriedigungsobjekt nur in dem ferneren Reingewinn besteht, Zeitschr. f. Handelsr. 23 S. 337.

[6]) Vgl. über die Streitfrage, wie weit Vertragsrechte in das Ermessen der Mitpartizipanten gestellt werden dürfen R.O.H.G. vom 2. März 1876 XVI S. 427 und vom 30. Oktober 1876 XXI S. 87; vgl. ferner Windscheid, Pandekten I § 93 Not. 7, II § 245 Not. 5, Goldschmidt, Handelsr. S. 602, Not. 63, 64. Fitting in d. Zeitschr. f. Handelsr. II S. 223, 232.

kann auch eine stillschweigende Unterwerfung des Sonderwillens des Aktionärs unter den Willen der blossen Mehrheit der Generalversammlung nicht präsumirt werden. Es ist somit nur die Frage zu beantworten: Besteht eine rechtliche Präsumtion für die Unterwerfung des Sonderwillens unter das billige Ermessen der Generalversammlung auch für Aenderungen des Statuts? In diesem Umfange ist die Frage zu bejahen, weil, wenn auch das starre Festhalten an dem Erforderniss der Einstimmigkeit für im Gesellschaftsvertrage nicht vorgesehenen Aenderungen geeignet ist, das Zustandekommen von Aktiengesellschaften zu befördern, indem damit Jeder die Garantie erhält, dass ihm die Versprechungen, durch welche er zur Hergabe seines Geldes bewogen worden, auch in aller Zukunft gehalten werden müssen, so doch der entscheidende Nachdruck darauf zu legen ist, dass die Entwickelung der Aktienunternehmen bedenklich gefährdet sein würde, wenn im Laufe der Zeit nothwendige oder nützliche Abänderungen der Organisation der Finanzirung oder des Geschäftsbetriebes — Eventualitäten, welche bei auf eine lange Dauer berechneten Unternehmen naturgemäss und voraussichtlich einzutreten pflegen — an der Eigenwilligkeit oder der Gleichgiltigkeit, oder der Abwesenheit einzelner scheitern müssen. Von diesem Standpunkt aus sind die hier einschlagenden Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs zu erklären:

Artikel 209 Z. 11.

Der Gesellschaftsvertrag muss insbesondere auch die Gegenstände bestimmen, über welche **nicht schon durch einfache Stimmenmehrheit** der auf Zusammenberufung erschienenen Aktionäre, sondern nur durch eine grössere Stimmenmehrheit oder nach anderen Erfordernissen Beschluss gefasst werden kann.

Artikel 214.

Jeder Beschluss der Generalversammlung, welcher die Fortsetzung der Gesellschaft oder eine Abänderung der Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages zum Gegenstand hat, bedarf zu seiner Gültigkeit der notariellen oder gerichtlichen Beurkundung.

Artikel 215.

Die Abänderung des Gegenstandes der Unternehmung der Gesellschaft kann nicht durch Stimmenmehrheit beschlossen werden, sofern dies nicht im Gesellschaftsvertrage ausdrücklich gestattet ist. Dasselbe gilt von dem Falle, wenn die Gesellschaft durch Uebertragung ihres Vermögens und ihrer Schulden an eine andere Aktiengesellschaft gegen Gewährung von Aktien der letzteren aufgelöst werden soll.

Hierdurch ist zwar die Streitfrage, in wie weit die Generalversammlung bei dem Schweigen des Statuts zur Beschlussfassung über Abänderungen des Statuts kompetent ist, nicht ausdrücklich entschieden. Es liegt jedoch diesen Bestimmungen unverkennbar der Gedanke zu Grunde: dass das System der Generalversammlung nicht auf die gemeinsamen Gesellschaftsangelegenheiten des Art. 224 beschränkt sein solle, dass also die Regel, der Einzelwille habe sich lediglich auf Grundlage des geschlossenen Vertrages gebunden, stehe aber Aenderungs-

versuchen in Betreff dieses Vertrages völlig ungebunden gegenüber bei der Aktiengesellschaft deren Natur gemäss nur insoweit zur Anwendung gebracht werden kann, als es sich um Aenderungen von Vertragsbestimmungen handelt, die so beschaffen sind, dass es an einem objektiven Maassstabe fehlt, nach welchem beurtheilt werden kann, ob der Einzelne auf die Geltendmachung seines Sonderwillens verzichtet haben würde, wenn ihm diese Frage bei seinem Eintritt in die Gesellschaft vorgelegt worden wäre. Damit stimmen auch die Motive des preussischen Entwurfes (S. 90) überein, dessen Anschauungen in dieser Materie von der Nürnberger Konferenz nicht bekämpft worden sind. „Streng genommen müsste zu jeder Abänderung des Gesellschaftsvertrages Einstimmigkeit aller Aktionäre gefordert werden. Bei der meistentheils erheblich grossen Zahl der Aktionäre ist aber dieser Grundsatz bei Aktiengesellschaften praktisch nicht durchführbar. Das Bedürfniss führt deshalb dahin, Majoritätsbeschlüsse als die Regel anzunehmen. Nur wo eine so wesentliche Abänderung des Gesellschaftsvertrages in Frage steht, dass der alte Vertrag durch sie in einen völlig neuen umgewandelt werden soll, ist an dem Erforderniss der Einwilligung aller Kontrahenten festzuhalten, sofern nicht im Gesellschaftsvertrage selbst ausdrücklich das Gegentheil bestimmt ist.“

Die Vermuthung der stillschweigenden Unterwerfung fällt fort, wenn der Wille der Kontrahenten anderweitig ausdrücklich erklärt ist, wenn also die Kompetenz der Generalversammlung für den konkreten Fall statutenmässig ausgeschlossen, oder wenn bestimmt ist, dass nicht die blosse Mehrheit der Anwesenden, sondern ein anderes Stimmverhältniss z. B. $^2/_3$ Majorität der Anwesenden oder dass die Mehrheit der Anwesenden zugleich eine gewisse Anzahl Aktien repräsentiren muss, massgebend sein solle.[7])

In Betreff der Auflösung der Gesellschaft und deren Fortsetzung über den im Vertrage bestimmten Endtermin hinaus gelten zum Theil andere Regeln. Die Auflösung der Gesellschaft gehört zu den gemeinsamen Gesellschaftsangelegenheiten, deren Entscheidung in das freie Ermessen der blossen Mehrheit der Generalversammlung gestellt ist und zwar ohne Unterschied, ob der Vertrag auf unbestimmte oder bestimmte Zeit geschlossen ist. Dem Einzelaktionär steht

---

[7]) Vgl. den Fall im O.H.G. vom 26. Oktober 1875 XX S. 43, wo ein Statut vorlag, in welchem die Statutenänderung durch die Mehrheitsbeschlüsse der Generalversammlung zugelassen, die Auflösung der Gesellschaft vor der bestimmten Zeit an gewisse erschwerende Bestimmungen, insbesondere $^2/_3$ Majorität von Stimmen und Aktien gebunden war. Da sich für die Auflösung die im Statut bestimmte Stimmenzahl nicht fand, beschloss die Generalversammlung im Wege der Statutenänderung die den Beschluss vorzeitiger Auflösung der Gesellschaft erschwerenden Bedingungen aufzuheben, worauf sodann eine neu berufene Generalversammlung die Auflösung der Gesellschaft mit einfacher Majorität beschloss. Mehrere Aktionäre klagten hierauf gegen die Gesellschaft auf Anerkennung der Ungültigkeit sowohl des Statutenänderungs- als des Auflösungsbeschlusses. Es wurde in allen Instanzen demgemäss nach den Anträgen erkannt; vgl. auch den Fall O.H.G. vom 26. Oktober 1874 XIV 265, wo es sich um die Verschleierung einer Fusion handelte.

weder das Recht zu der beschlossenen Auflösung als seinen Sonderinteressen nachtheilig zu widersprechen, noch die Auflösung als ihm vortheilhaft wider den Willen der Uebrigen durchzusetzen. Jedoch wird man für den Fall, dass die Erreichung des Gesellschaftszweckes absolut unmöglich geworden, also z. B. wenn der Gesellschaft die zum Betrieb des Unternehmens unentbehrliche Konzession vom Staat entzogen worden, dem Einzelaktionär, das auch dem Zeichner (§ 116) zustehende Rücktrittsrecht, also das Recht auf Abschichtung (Partialtheilung) als eine Art der theilweisen Zurückzahlung des Grundkapitals (§ 124) nicht versagen können. Enthält der Abschluss des Gesellschaftsvertrages auf bestimmte Zeit sonach nicht die Garantie, dass einem Jeden die Aktienrechte auch wirklich für diesen Zeitraum verbleiben müssen, so liegt darin andererseits die Zusicherung, dass die Beschränkungen des Einzelaktionärs über seinen Antheil am Gesellschaftsvermögen mit dem bestimmten Termin ihre Endschaft erreichen sollen. So wenig der Aktionär berechtigt ist, vor dem Endtermin die Theilung zu begehren, so wenig ist er verpflichtet, die für einen bestimmten Termin zugesagte Theilung wider seinen Willen hinausschieben zu lassen. Der Mehrheitsbeschluss der Fortsetzung der Gesellschaft über den im Vertrag festgesetzten Endtermin hinaus enthält eine Verletzung dieses Sonderrechts und ist daher nicht vermögend[8]) der Minorität das Recht auf Herauszahlung des ihrem Aktienbesitz entsprechenden Theils des Gesellschaftsvermögens zu rauben.

Der Einzelaktionär ist nicht zum Wächter des Vertrages im Interesse der öffentlichen Ordnung oder seiner Mitaktionäre berufen, er ist nicht befugt seinen Willen den Anderen aufzudrängen, wenn er auch unter Umständen seinen Sonderwillen dem Willen seiner Mitgenossen nicht unterzuordnen verpflichtet ist. Der gehörig erklärte und durchgeführte Widerspruch gegen eine ausserhalb der Kompetenz der Generalversammlung liegende Statutenänderung erhält dem Einzelaktionär seine Position vor dem Beschluss, mit dem Recht zu verlangen, dass ihm gegenüber während der Dauer seiner Mitgliedschaft und in Beziehung auf den Aktienbesitz, den er erweislich zur Zeit des angefochtenen Beschlusses gehabt hat, der alte Vertrag ohne die Aenderung in allen Stücken zur Anwendung gebracht werde. Seinem Sonderrecht ist Genüge geleistet, wenn der Beschluss ihm gegenüber als nicht gefasst gilt und wenn damit seine Rechte und Pflichten in ihrem bisherigen Zustande ihm ungeschmälert verbleiben. Insoweit ihm diese Genugthuung geleistet wird, kann ihm ein darüber hinausgehendes Recht, seine Mitgenossen an der Ausführung des Beschlusses zu hindern oder dieselben zur Widerherstellung des früheren Zustandes, wenn der Beschluss vor der Anfechtung bereits ausgeführt sein sollte, zu zwingen nicht zugebilligt werden. So wird z. B. eine der Prolongation widersprechende Minorität sich mit der Abschichtung begnügen müssen,

---

[8]) Renaud, Zur Lehre von der Fortsetzung einer auf bestimmte Zeit errichteten Aktiengesellschaft und den Wirkungen eines rechtswidrig gefassten Verlängerungsbeschlusses in d. Zeitschr. f. Handelsr. XIII S. 141—166 — anders O.T. Berlin vom 29. September 1868, Entsch. Bd. 61 S. 197 ff.

ohne die Majorität an der Fortsetzung des Unternehmens unter der bisherigen Firma mit geschwächtem oder durch Neuemission von Aktien wider hergestellten Grundkapital verhindern zu können. [9])

Diese Grundsätze gelten auch für von der Generalversammlung ausgehende Statutenwidrigkeiten, d. h. für Verstösse gegen Vorschriften des Statuts in einzelnen Fällen ohne Konsequenz für andere Fälle, so z. B. wenn einzelne ausserhalb des Gegenstandes des Unternehmens liegende Geschäfte gemacht werden.

Vertragswidrigkeiten zum Unterschiede von Statutenwidrigkeiten sind Verletzungen der besonderen vertragsmässigen Pflichten, welche die Organe und Bevollmächtigten der Gesellschaft auf Grund der mit der Gesellschaft bez. dem Verbande geschlossenen Anstellungsverträgen übernommen haben. Die Beobachtung des Statutes bildet die oberste Norm dieser Verträge, so dass jeder Verstoss wider das Statut seitens der Organe und Gesellschaftsbevollmächtigten zugleich eine Verletzung der Vertragspflichten enthält, woraus der Gesellschaft als solcher ein Regress und Schadensanspruch erwächst. Der Einzelaktionär ist berechtigt einen solchen Verstoss in der Generalversammlung zu rügen und damit einen Beschluss der Generalversammlung über Billigung oder Missbilligung zu provoziren. Durch die Billigung oder Ratihabition des Vorfalles durch die Generalversammlung nimmt die Vertragswidrigkeit den Karakter als einer von der Generalversammlung ausgehenden Statutenwidrigkeit an, die nunmehr gleich anderen Beschlüssen der Generalversammlung dem Anfechtungsrecht des Einzelaktionärs unterliegt.

Verschieden von den aus dem Sozietätsvertrage originirenden Sonderrechten sind die **Individualrechte,** welche dem Aktionär in seiner Eigenschaft als durch den Sozietätsvertrag nicht gebundenes Individuum, sei es gegen die Gesellschaft als solche zustehen, wenn er zu derselben in ein freies Gläubigerverhältniss als Verkäufer, Darleiher u. s. w. getreten ist oder wenn es sich um Schadensansprüche handelt, welche dem Einzelaktionär aus dolosen gegen ihn verübten Handlungen einzelner Mitglieder der Generalversammlung oder der Gesellschaftsorgane erwachsen sein möchten, und die den allgemeinen für die actio doli und die actiones ex delicto geltenden Grundsätzen unterstehen. Der Fonds für die Genügung der Sonderrechte ist das Gesellschaftsvermögen, während die Entschädigungsansprüche aus dem Sondervermögen der schuldigen Urheber des Schadens zu befriedigen sind. Der Rechtsgrund der letzteren Ansprüche ist eine ausserhalb des Vertragsverhältnisses begangene Rechtswidrigkeit, der Rechtsgrund der Sonderrechte ist der Sozietätsvertrag.

---

[9]) Die Praxis lässt die präparatorische Klage zu, d. h. die Anfechtung mit dem Antrage zu erkennen, dass der Betreffende von der Generalversammlung zu Unrecht gefasste Beschluss dem Kläger gegenüber rechtsunverbindlich sei, dass die Gesellschaft daher schuldig, sich dem klagenden Aktionär gegenüber der Ausführung des Beschlusses zu enthalten, bzw. die geschehene Ausführung durch Wiederherstellung des vor dem angefochtenen Beschlusse vorhandenen Zustandes wieder rückgängig zu machen; vgl. U. des Reichsger. vom 19. Februar 1881 III S. 138 und d. R.O.H.G. vom 26. Oktober 1874 XIV S. 356.

§ 122.

4. Vorstand und Aufsichtsrath.[1])

Die Versorgung der Kollektivsphäre ist nach den in den §§ 119, 120 dargestellten Grundsätzen zwischen der Generalversammlung und dem Vorstand getheilt. Die Generalversammlung ist das wollende und herrschende Element, der Vorstand das ausführende und dienende Organ. Durch die Sonderrechte des Aktionärs ist beiden Gewalten eine Schranke gesetzt, die nicht anders als durch Universalversammlung — Einstimmigkeit aller jeweiligen Aktionäre — überwunden werden kann.

I. Der Geschäftsbetrieb sowohl als die inneren Gesellschaftsangelegenheiten sind um den Vorstand konzentrirt. Er ist der rechte Kläger und Verklagte für alle Ansprüche, welche in Geld verwandelt die Gesellschaftskasse vermehren oder vermindern. Alles zum Gesellschaftsvermögen gehörige, auch die rückständigen Einlagen sind vom Vorstand dahin zu bringen und alle berechtigten Anforderungen, auch die Sonderansprüche des Einzelaktionärs, sind daraus zu befriedigen. Der Schwerpunkt des Verhältnisses liegt in dem Umfang der Verfügungsgewalt, welche dem Vorstand über das Gesellschaftsvermögen eingeräumt wird. Je grösser diese Gewalt, um so grösser ist die Gefahr der Eigner des Vermögens, wenn der Verwalter unvorsichtig, unredlich verfährt oder sich in gewagte Spekulationen einlässt. Diese Gefahr wird vergrössert, wenn das eigene Geschäftsinteresse fehlt, was der Fall ist, wenn der Verwalter gar nicht oder nur schwach als Aktionär betheiligt ist. Diese Uebelstände sind jedoch mit dem Wesen der Aktiengesellschaft unzertrennlich verbunden. Ein wirksamer Schutz des Aktionärs gegen das Risiko nach dieser Richtung hin ist mit der Sicherheit des Verkehrs und des Kredites der Aktiengesellschaft schwer vereinbar.

Der deutsche Gesetzgeber hat die Rücksicht auf das kreditgebende Publikum in den Vordergrund gestellt und das schneidige für die Prokura und die gewöhnliche Handelsgesellschaft gegebene Verkehrsprinzip auch bei der Aktiengesellschaft zur Anwendung gebracht und zwar ohne die Forderung zu stellen, dass der Vorstand Aktionär sei (Art. 2b des französischen Gesetzes vom 24. Juni 1867) oder dass für ihn eine Anzahl Aktien als Kaution[2]) deponirt werden müsse.

[1]) Das Reichsgesetz betr. die Rechtsverhältnisse der Reichsbeamten vom 31. März 1873 (R.G.B. 64) § 16 bestimmt:

Kein Reichsbeamter darf ohne vorgängige Genehmigung der obersten Reichsbehörde ein Nebenamt oder eine Nebenbeschäftigung, mit welcher eine fortlaufende Remuneration verbunden ist, übernehmen. Dieselbe Genehmigung ist zu dem Eintritt eines Reichsbeamten in den Vorstand, Verwaltungsrath oder Aufsichtsrath einer jeden auf Erwerb gerichteten Gesellschaft erforderlich. Sie darf jedoch nicht ertheilt werden, sofern die Stelle, mittelbar oder unmittelbar mit einer Remuneration verbunden ist. Die ertheilte Genehmigung ist jederzeit widerruflich. Auf Wahlkonsule und einstweilen in den Ruhestand versetzte Beamte finden diese Bestimmungen keine Anwendung.

[2]) Ö.G. vom 20. Juli 1876 (Juristische Blätter S. 435): Die Deponirung ist kein Handelsgeschäft, daher auch aus etwa mit einem Mitgliede des Verwaltungsrathes gemachtem

(Belg. Gesellsch.-Gesetz vom 18. Mai 1873 Art. 47, 48, 49). Die betreffenden Vorschriften lauten:

> Art. 227. Jede Gesellschaft muss einen Vorstand haben. Sie wird durch denselben gerichtlich und aussergerichtlich vertreten.
>
> Der Vorstand kann aus Einem oder Mehreren Mitgliedern bestehen, sie können besoldet oder unbesoldet, Aktionäre oder Andere sein.
>
> Art. 230. Die Gesellschaft wird durch die von dem Vorstand in ihrem Namen geschlossenen Rechtsgeschäfte berechtigt und verpflichtet; es ist gleichgiltig, ob das Geschäft ausdrücklich im Namen der Gesellschaft geschlossen worden ist, oder ob die Umstände ergeben, dass es nach dem Willen der Kontrahenten für die Gesellschaft geschlossen werden sollte.
>
> Art. 231. Der Vorstand ist der Gesellschaft gegenüber verpflichtet, die Beschränkungen einzuhalten, welche in dem Gesellschaftsvertrage oder durch Beschlüsse der Generalversammlung für den Umfang seiner Befugniss, die Gesellschaft zu vertreten, festgesetzt sind. Gegen dritte Personen hat jedoch eine Beschränkung der Befugniss des Vorstandes, die Gesellschaft zu vertreten, keine rechtliche Wirkung. Dies gilt insbesondere für den Fall, dass die Vertretung sich nur auf gewisse Geschäfte oder Arten von Geschäften erstrecken, oder nur unter gewissen Umständen oder für eine gewisse Zeit oder an einzelnen Orten stattfinden soll, oder dass die Zustimmung der Generalversammlung eines Verwaltungsrathes, eines Aufsichtsrathes oder eines anderen Organes der Aktionäre für einzelne Geschäfte erfordert ist.

Jedem Mitglied des Vorstandes der Aktiengesellschaft ist damit in Betreff des Gesellschaftsvermögens die Machtfülle eines firmirenden offenen Handelsgesellschafters beigelegt, nur mit dem Unterschiede, dass sie aus den von ihnen im Namen der Gesellschaft vorgenommenen Rechtshandlungen Dritten gegenüber für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft persönlich nicht verpflichtet sind (Art. 241 Abs. 1) und dass, wenn sie ihre gesetzlichen Pflichten erfüllt haben, auch der Konkurs der Gesellschaft keine persönlichen Nachtheile über sie verhängt. Alle Geschäfte gelten im Namen der Gesellschaft geschlossen, auch wenn der Name der Gesellschaft hierbei nicht gebraucht ist, sobald die Umstände ergeben, dass es nach dem Willen der Kontrahenten für die Gesellschaft geschlossen worden sei (O.H.G. XVIII vom 1. Juni 1875 S. 340). Dies gilt nicht nur für die mündlich abgemachten Geschäfte (O.H.G. III S. 183, XII S. 35), sondern auch für alle schriftliche Willenserklärungen und Verträge und zwar ohne dass ein Zwang für den Gebrauch der Firma bestünde, die Vorschrift des Art. 229:

> Der Vorstand hat in der durch den Gesellschaftsvertrag bestimmten Form seine Willenserklärung kund zu geben und für die Gesellschaft zu zeichnen. Ist nichts darüber bestimmt, so ist die Zeichnung durch sämmtliche Mitglieder des Vorstandes erforderlich.
>
> Die Zeichnung geschieht in der Weise, dass die Zeichnenden zu der

---

Handelsgeschäfte für die Gesellschaft ein Retentionsrecht auf die deponirten Aktien nicht entstehen kann.

Firma der Gesellschaft oder zu der Benennung des Vorstandes ihre Unterschrift hinzufügen.

ist so nur eine Ordnungsvorschrift, eine Instruktion für den Vorstand und sie behält diese Natur auch wenn sie, wie dies häufig geschieht, in das Statut aufgenommen ist (XVIII S. 340, 341). Nur bei Wechseln ist der Gebrauch der Firma nothwendig, wenn die Gesellschaft als solche daraus berechtigt oder verpflichtet werden soll.[3])

Der Gesellschaft gegenüber ist der Vorstand alle ihm gegebenen Instruktionen und Einschränkungen einzuhalten verpflichtet, Dritten gegenüber gelten derartige Anweisungen nicht, auch wenn sie im Handelsregister eingetragen oder dem Dritten bekannt waren. Die auch für die Prokura und die offene Handelsgesellschaft bestehende Streitfrage, ob die statutenmässige Beschränkung der Vertretungsbefugniss des Vorstandes ausreiche, eine gegen Art. 231 des Handelsgesetzbuchs durchgreifende Einrede des Dolus zu begründen oder ob dergleichen Mandatsüberschreitungen der Aktiengesellschaft nur dann einen Einwand gewähren, wenn der Dritte mit dem absichtlich zum Nachtheil der Gesellschaft handelnden Vorstand kolludirt habe, ist von dem Reichs-Oberhandelsgericht konstant im Sinne der zweiten Alternative entschieden worden (V. S. 294 vom 16. März 1872, wo dem Anspruch eines Darlehensgläubigers einer Aktiengesellschaft der Einwand entgegengesetzt war, dass der Vorstand zur Aufnahme des Darlehens nicht befugt, dass das Darlehen auch nicht zu dem von der Generalversammlung beschlossenen Zweck, sondern im Einverständniss mit dem Darlehensgeber zur Deckung anderer Schulden der Gesellschaft verwendet worden sei).

Die Bestellung von Mehreren als Vorstand enthält einen an eine Mehrheit von Personen ertheilten gemeinsamen Auftrag, der stets ein gemeinschaftliches Handeln „insgesammt" bedingt (gleichzeitige oder successive Aktion), wenn die Kollektivvollmacht nicht „sammt oder sonders" ertheilt ist, woselbst dann jeder für sich zum Handeln befugt ist. Es kann auch, wenn mehr als zwei Vorstandsmitglieder ernannt sind, bestimmt werden, dass alle Geschäfte giltig sind, welche zwar nicht von Allen, mindestens aber von zwei der Kollektivbevollmächtigten geschlossen sind.

In allen Fällen einer nur kollektiven Berechtigung zweier oder mehrerer Mitglieder des Vorstandes wird die Gesellschaft nur berechtigt und verpflichtet,

---

[3]) Hierbei hat die Praxis die buchstäblich richtige und vollständige Wiedergabe des Wortlauts der Gesellschaftsfirma nicht für unbedingt sakramental erklärt, vielmehr sind unwesentliche die Identität nicht in Frage stellende Abweichungen für unwesentlich erachtet worden, z. B. die Bezeichnung Bank à Pirna statt Pirnaer Bank zu Pirna (XII S. 243); die Bodenbacher Eisenbahngesellschaft ohne den Zusatz K. k. priv. XVIII S. 422; dagegen schadet es, wenn es im Wechsel statt „Die Gesellschaft zum Betriebe der Kur-Etablissements in den Badeorten Wiesbaden und Ems" heisst „Die Administration des Kursaals in Wiesbaden" (IX S. 128). Deutsches Handelsblatt 1876 S. 29.

wenn ein kollektives Handeln der zur Gesellschaftsvertretung für nothwendig erklärten Anzahl von Vorstandsmitgliedern vorliegt.[4])

Die Kollektivvertretung kann nicht durch Substitution in eine Einzelvertretung umgeschaffen werden, dagegen kann die Ausführung des kollektiv Beschlossenen dem Einzelnen übertragen werden.[5])

Die in Betreff der Eidesleistung und Zustellung bei einer Mehrheit des Vorstandes durch die Vorschriften der Art. 232 und 235[6])

> Eide Namens der Gesellschaft werden durch den Vorstand geleistet, zur Behändigung von Vorladungen und anderen Zustellungen an die Gesellschaft genügt es, wenn dieselbe an ein Mitglied des Vorstandes, welches zu zeichnen oder mitzuzeichnen befugt ist, oder an einen Beamten der Gesellschaft, welcher dieselbe vor Gericht zu vertreten berechtigt ist, geschieht.

nicht gelösten Fragen, ob alle Mitglieder des Vorstandes zu schwören haben[7]) und wie es in Betreff der Eidesleistung zu halten, wenn während der Dauer des Prozesses ein Wechsel des Personenstandes eingetreten,[8]) sind theils prozessualischer Natur, theils hängen sie mit dem Wesen der Gesellschaftsfirma zusammen. Die für die offene Handelsgesellschaft geltenden Grundsätze sind subsidiär zur Anwendung zu bringen, soweit die betreffenden Fragen nicht durch die Vorschriften der Civilprozessordnung ihre Erledigung gefunden haben. Nach §§ 434, 436 der C.P.O. ist der Eid, wenn er die eigenen Handlungen oder Wahrnehmungen nur einiger oder eines der Vertreter betrifft, nur von diesen, sonst von allen zu leisten, doch hat das Gericht, wenn Eidesweigerungen einzelner vorkommen, nach freier Ueberzeugung zu entscheiden, ob die Behauptungen, deren Beweis durch Eideszuschiebung angetreten, für wahr zu erachten seien.

Der in dem Handelsgesetzbuch durchgeführte Zwang zur Registrirung der jeweiligen Mitglieder des Vorstandes

> Art. 233. Jede Aenderung der Mitglieder des Vorstandes muss bei Ordnungsstrafe zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden.

---

[4]) Vgl. O.H.G. III S. 183 vom 4. Oktober 1871, XVI S. 34 vom 11. Februar 1875, XII S. 33 vom 6. Dezbr. 1873; O.T. Berlin v. Dez. 1873, Striethorst, Arch. Bd. 89, S. 371.

[5]) R.O.H.G. vom 8. Mai 1872 VI S. 393: Uebertragung der Mittheilung von Beschlüssen, betr. Gehaltserhöhungen für Gesellschaftsbeamte an Einen der Mitdirektoren.

[6]) Voigt, Die Leistung des Schiedseides durch den Vorstand der Aktiengesellschaften (Centralorgan N. F. Bd. V S. 320–344).

[7]) Die Quelle der Entscheidung für die Frage war bis zur Einführung der C.P.O. das Landesprozessrecht, vgl. R.O.H. vom 11. Februar 1873 XIX S. 48 für preussische Eisenbahnen; vom 14. September 1874 XIV S. 171 für Aktiengesellschaften im Königreich Sachsen und die Fälle in der Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 15 S. 275 Bayern und Seite 277 Hamburg; vgl. auch O.G. Wien vom 3. November 1876. Juristische Blätter S. 648. Vorstandsmitglied kann nicht Zeuge im Prozess der A. G. sein. R.G. vom 1. Oktbr. 1880 II 400.

[8]) Vgl. O.T. Berlin vom 28. Juni 1859, Striethorst, Archiv Bd. 34 S. 111, wo angenommen ist, dass der in einem rechtskräftigen Erkenntniss mehreren ihren Namen nach einzeln bezeichneten Mitgliedern des Verwaltungsraths auferlegte Eid nur von denjenigen zu leisten ist, welche zur Zeit der Eidesleistung aktuelle Mitglieder des Verwaltungsraths sind. Entgegengesetzt hat das H.G. zu Wiesbaden 1863 entschieden Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 15 S. 278.

Dritten Personen kann die Aenderung nur insofern entgegengesetzt werden, als in Betreff dieser Aenderung die im Art. 46 in Betreff des Erlöschens der Prokura bezeichneten Voraussetzungen vorhanden sind. [9])

ist ein Produkt des im modernen Recht zur Anwendung gebrachten Gedankens der Trennung der formellen Verkehrslegitimation von der materiellen Berechtigung.[10]) Dadurch wird für den Aktiengesellschaftsverkehr zweierlei bewirkt: Schutz des Publikums gegen Täuschungen, und Schutz des Unternehmens gegen Betriebsstörungen. Die Auflösung des zwischen dem Vorstand und der Gesellschaft geknüpften obligatorischen Verhältnisses bleibt als Internum der Gesellschaft dem gutgläubigen Dritten gegenüber unnachtheilig. Die Gesellschaft wird aus den, in der Zwischenzeit zwischen der Entlassung eines Vorstandsmitgliedes und der Registrirung dieser Thatsache von dem Ausgeschiedenen kontrahirten Geschäften, verbindlich, wenn dem Dritten nicht bewiesen werden kann, dass demselben die Erlöschung des Vollmachtsverhältnisses bei Abschluss des Geschäftes bekannt war. Dafür ist dem Publikum das Recht der Bemängelung der durch die Registrirung geschaffenen Legitimation des Verhältnisses versagt. Die Thatsache der Eintragung des Vorstandes bewirkt, dass derselbe auch zu Gunsten der Gesellschaft Dritten gegenüber, so lange eine Aenderung im Register nicht zur Eintragung gelangt ist, zur Vertretung der Gesellschaft befugt bleibt (O.H.G. vom 21. Januar 1876 XX. S. 210, wo von dem Kläger die Legitimation des die verklagte Gesellschaft vertretenden Vorstandes aus dem Grunde bemängelt war, weil der Generalversammlungsbeschluss, auf Grund dessen die Registrirung des Vorstandes erfolgt war, von dem Kläger als ungültig angefochten wurde). Hierdurch wird auch das für die Prozesslegitimation der Korporationsbeamten hergebrachte Attest der Aufsichtsbehörde „dass dieselben die Korporation zu vertreten befugt seien“ (Entsch. O.T. Berlin, Bd. II S. 68 betreffend die durch das Preussische Gesetz vom 3. November 1838 als privilegirte Korporation erklärten Eisenbahngesellschaften) entbehrlich gemacht. Das blosse Wahlprotokoll allein könnte für sich allein die Legitimation niemals herstellen, weil dasselbe auch rücksichtlich der Wähler ein documentum referens sine relato ist und für sich allein dafür keine Gewähr bietet, dass die Wahl statutenmässig erfolgt ist.

Die Ausgleichung der Machtvollkommenheit des Vorstandes liegt in dem der Gesellschaft jederzeit zustehenden Rechte des Widerrufs. „Die Bestellung ist zu jeder Zeit widerruflich, unbeschadet der Entschädigungsansprüche aus bestehenden Verträgen.“ Der Verzicht auf dieses Recht ist unzulässig, weil die Gesellschaft damit thatsächlich der Willkür ihrer Bevollmächtigten preisgegeben und ein mit der Rechtsordnung unverträgliches Verhältniss geschaffen wäre, indem

[9]) O.G. Wien vom 19. Januar 1875 (Gerichtshalle S. 133): Jede Aenderung der Mitglieder des Vorstandes ist bei Ordnungsstrafe zur Eintragung anzumelden. Diese Anmeldung hat daher von dem Vorstande auszugehen, und kann somit weder auf Verlangen eines einzelnen etwa austretenden Vorstandsmitgliedes noch von Amtswegen geschehen.

[10]) Laband, Die Stellvertretung nach dem D. H.G.B. in der Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 10 S. 241.

die Gesellschaft an Durchführung ihres Willens durch den abweichenden Willen des Vorstandes alsdann stets verhindert wäre. Die dem Vorstand gegenüber durch die Generalversammlung erklärte Verzichtleistung auf den Widerruf gilt als nicht erfolgt.[11]) Der mit einem Dritten geschlossene Vertrag, wodurch sich die Gesellschaft diesem Dritten gegenüber des Widerrufs des bestellten Vorstandes begibt, entbehrt als einer absoluten Rechtsregel widersprechend der Klagbarkeit.

Zum Schutz des bis zum Zusammentritt der Generalversammlung von jeder Einwirkung bei den Gesellschaftsangelegenheiten ausgeschlossenen Aktionärs, ist von jeher zwischen der Generalversammlung und dem Vorstand ein Mittelglied eingeschoben, welches entweder mit den gesammten, der Generalversammlung dem Vorstand gegenüber zustehenden Rechten der Kontrolle und der Beschliessung betraut ist (Aufsichtsrath, Verwaltungsrath, Aufsichts-Komité. Ungarisches H. G. B. § 157. Conseil de Surveillance in Frankreich), oder welches von der Theilnahme an der Verwaltung freigehalten und lediglich auf die Ausübung der Kontrolle mit mehr oder weniger eingreifenden Rechten beschränkt ist (die Censoren der Bank von Frankreich, die Kommissäre in Belgien und Frankreich, die Revisions-Kommission der deutschen Statuten). Die Novelle von 1870 hat sich für den Aufsichtsrath entschieden.

Art. 225a. Der Aufsichtsrath überwacht die Geschäftsführung der Gesellschaft in allen Zweigen der Verwaltung; er kann sich von dem Gange der Angelegenheiten der Gesellschaft unterrichten, die Bücher und Schriften derselben jederzeit einsehen und den Bestand der Gesellschaftskasse jederzeit untersuchen.

Er hat die Jahresrechnungen, die Bilanzen und die Vorschläge zur Gewinnvertheilung zu prüfen und darüber alljährlich der Generalversammlung der Aktionäre Bericht zu erstatten.

Er hat eine Generalversammlung zu berufen, wenn dies im Interesse der Gesellschaft erforderlich ist.

Durch die Art. 194, 226 ist der Aufsichtsrath ferner mit der Führung der von der Generalversammlung gegen den Vorstand beschlossenen Prozesse betraut.[12]) Statutarisch ist häufig dem Aufsichtsrath die aus der Natur der Sache fliessende Befugniss zur Suspension[13]) des Vorstandes und Bestellung eines

[11]) U. des Reichsgerichts vom 19. Februar 1881 III S. 130.

[12]) Ung. H.G.B. § 197 schliesst den Aufsichtsrath von der Führung der von der Generalversammlung gegen den Vorstand beschlossenen Prozesse aus und überträgt die Führung dem besonderen Bevollmächtigten der Gesellschaft, welcher von der Generalversammlung zu wählen und „falls aus irgend einem Grunde in der Generalversammlung keine Bevollmächtigten bestellt werden“ vom kompetenten Gerichtshof von Amtswegen zu ernennen sind.

[13]) Zuweilen ist hier im Suspensionsfall statutarisch ein der Beschreitung des Rechtsweges voraufgehendes gütliches Vorverfahren angeordnet — Rekurs an die Generalversammlung — alsdann darf vorher von dem Suspendirten Klage gegen die Gesellschaft mit dem Antrage den Suspensionsbeschluss für unzulässig zu erklären u. s. w. nicht erhoben werden, vgl. O.H.G. vom 2. Mai 1879, O.H.G. S. 82.

provisorischen Vorstandes [14]) vorbehaltlich der Genehmigung der Generalversammlung eingeräumt. Die Vertretungsbefugniss des Vorstandes darf dagegen nicht von einer Mitwirkung oder Mitzeichnung des Aufsichtsraths abhängig gemacht werden. Der in einem Statut befindlich gewesenen, in das Handelsregister eingetragenen Bestimmung „Alle von der Gesellschaft ausgehenden, dieselbe verbindenden Urkunden müssen, um die Gesellschaft zu verpflichten, von dem Direktor und einem Mitgliede des Verwaltungsraths vollzogen werden," ist deshalb durch das Urtheil des R.O.G. vom 14. März 1872 VI. S. 152 trotz der Eintragung jede Wirkung Dritten gegenüber abgesprochen worden.

Der Aufsichtsrath ist entbehrlich, auch trotz Art. 249 Nr. 2 (S. 586) nicht erzwingbar, weil eine Zwangspflicht zur Annahme einer Wahl für den Aktionär nicht besteht. Ohne Vorstand ist die Aktiengesellschaft handlungs- und verkehrsunfähig, da die dem Vorstand übertragene Aktion anders als durch die Universalversammlung nicht zu ersetzen ist. Der Aufsichtsrath muss aus der Wahl der Generalversammlung hervorgehen. Die Wahl des Vorstandes kann dem Aufsichtsrath auch einem Dritten, wie z. B. dem Staat bei der Uebernahme von Eisenbahnen zur Staatsverwaltung statutenmässig übertragen werden. Der in letzterer Weise bestellte Vorstand bleibt den absoluten für das Rechtsverhältniss des Vorstands gegebenen Regeln unterworfen. [15]) Der vor der Registrirung bestellte Aufsichtsrath darf nicht länger als ein Jahr, später nicht länger als auf fünf Jahre gewählt werden, indem Art. 191 der Wahl, insofern sie auf einen längeren Zeitraum geschieht, die rechtliche Wirkung versagt. Diese Beschränkung gilt ebensowenig wie die Vorschrift des § 192: „den Mitgliedern des ersten Aufsichtsrathes darf eine Vergütung für die Ausübung ihres Berufs nur durch einen nach Ablauf des ersten Geschäftsjahres einzuholenden Beschluss der Generalversammlung der Kommanditisten bewilligt werden. Ist die Vergütung früher oder in einer anderen als der vorstehenden Weise bewilligt, so ist diese Festsetzung ohne rechtliche Wirkung" für den Vorstand, „die Mitglieder des Vorstandes können besoldet oder unbesoldet sein" (Art. 227). Eine Vorschrift wie die des Art. 25 des französischen Gesetzes vom 24. Juli 1867, dass der Vorstand auf nicht länger als auf 6 Jahre bestellt werden darf, ist im Handelsgesetzbuch nicht enthalten.

Beides, das Verhältniss des Aufsichtsraths wie des Vorstandes haben eine höchst persönliche Natur, die verliehenen Befugnisse sind daher nicht übertragbar. Eine Substitution nach Innen für die Sitzungen und Beschlüsse ist nur auf Grund des Statutes zulässig. Dasselbe gilt für die Kooptation [16]) zur Ausfüllung

---

[14]) Vgl. den Fall im O.H.G. vom 10. Juni 1874 XIV S. 89.

[15]) Vgl. die Gründe des U. des Reichsgerichts vom 19. Februar 1881 Bd. III S. 132: „Die Gemeinsamkeit der Interessen aller Aktionäre bietet dem einzelnen Aktionär Gewähr dafür, dass die von der Gesammtheit getroffenen Verfügungen über das Gesellschaftsvermögen auch seinem Interesse entsprechen. Diese Gewähr würde mangeln, wenn die Verfügung einem ausserhalb der Gesellschaft stehenden Dritten eingeräumt würde.

[16]) Einwand eines zur Zahlung der Einlage aufgeforderten Aktionärs, dass der Aufsichtsrath wegen ungehöriger Kooptation niemals legal gebildet in O.H.G. vom 3. Oktbr. 1874 XIV S. 309.

von Lücken in der Zwischenzeit bis zum Zusammentritt der Generalversammlung. Der Kern beider Verhältnisse ist das Mandat: die Uebernahme der von einem anderen Kontrahenten aufgetragenen Ausrichtung von Geschäften im Namen und für Rechnung desselben. Beide Verträge sind jedoch vom Gesetze als entgeltliche gedacht, nicht als Ehrenrechte, sondern als vermögensrechtliche Privatrechte, [17]) wie denn die Aufsichtsrathsposten regelmässig in den Statuten mit jährlichen Bezügen am Reingewinn oder einem bestimmten Honorar für jede Sitzung (die schon in den alten französischen Edikten erwähnten Präsenzmarken) bedacht sind. Die Gehaltsansprüche des Vorstandes sind gesellschaftliche Gläubigerrechte und können auch während der Dauer der Funktion durch Klage gegen die Gesellschaft — vertreten durch den Aufsichtsrath oder durch besondere von der Generalversammlung dazu bestellte Bevollmächtigte — verfolgt werden.

Die Eigenschaft als Vorstand beruht nicht auf der Betheiligung am Unternehmen, sondern ausschliesslich auf dem zwischen dem Vorstand und der Gesellschaft geschlossenen Anstellungsvertrag. Dies gilt insbesondere in Betreff der zu prästirenden Sorgfalt, sowie wegen der Entlassungsgründe und den damit verbundenen Rechtsfolgen. Jedes Mitglied des Vorstandes ist der Aktiengesellschaft für gewissenhafte und ordnungsmässige Geschäftsverwaltung verantwortlich. Er hat bei der Besorgung der ihm obliegenden Angelegenheiten culpa in abstracto und nicht blos culpa in concreto zu vertreten. Sein Benehmen wird an dem Verfahren gewissenhafter sorgfältiger Leute überhaupt, nach der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters gemessen, ohne dass seine Verantwortlichkeit durch die Rücksicht auf seine persönlichen Eigenschaften und Fähigkeiten gemildert wird. Er ist haftbar nicht blos wegen grober, sondern schon wegen leichter Fahrlässigkeit, wobei ihm der Einwand der konkurrirenden culpa der Gesellschaft, z. B. „dass dieselbe durch das Organ der Generalversammlung die Entstehung des Schadens durch nachlässige Prüfung der Bilanz mitverschuldet habe," [18]) nach den allgemeinen Grundsätzen des Civilrechts zustehen wird. Die Entlassung des Vorstandes ist nicht an das Vorhandensein bestimmter rechtmässiger Gründe geknüpft, weil bei Verträgen, deren Hauptgegenstand Handlungen sind, der Rücktritt auf Gefahr des Zurücktretenden, vorbehaltlich der Pflicht zur Entschädigung stets zulässig ist (Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten, Th. I, Tit. 5, §§ 406—413, §§ 377—384). Veranlassung des Widerrufs wird regelmässig eine in der Person oder in den Verhältnissen des Vorstandes sich zugetragene Veränderung der Umstände sein, von welcher die Gesellschaft eine Gefährdung des Gesellschaftszwecks befürchtet (Entlassung wegen Annahme einer

---

[17]) Klagrecht auf Anerkennung und Einberufung als Mitglied des Aufsichtsraths im O.H.G. vom 27. April 1875 XVI S. 107.

[18]) Regelsberger, Beiträge zur Lehre von der Haftung der Behörden und Beamten der Aktiengesellschaften (Rechtsgutachten Giessen 1872) S. 64—69. Vgl. § 191, Ung. H.G.B.: Die Verantwortlichkeit für die Beschlüsse und Verfügungen der Direktion fällt jenem Mitgliede derselben nicht zur Last, welches gegen den Beschluss oder die Verfügung, sobald es hiervon Kenntniss erlangt, Einsprache erhebt und diese Einsprache dem Aufsichtskomité anzeigt.

Gratifikation XIII. S. 183, wegen Indiskretion und Unbotmässigkeit gegen den Vorstand XXI S. 375, wegen Ganteröffnung über das Vermögen des technischen Direktors XIII S. 24, wegen Krankheit des Vorstandes XIX, S. 61.

Die Entschädigungspflicht der Gesellschaft — die Leistung des ganzen, dem Vorstand aus der Nichterfüllung des Vertrags erwachsenen Interesses — wird überall da begründet sein, wo die als Grund der Entlassung angegebene Thatsache nicht auf eine, die Aufhebung des Vertrages nach dem richterlichen Ermessen rechtfertigende Verschuldung des Entlassenen zurückzuführen ist. (XIX S. 58.) Eine andere Beurtheilung greift für den Aufsichtsrath Platz. Die Aufsichtsrathsstellung ist ein mit der Eigenschaft als Aktionär unzertrennlich verbundenes gesellschaftliches Vorrecht, welches mit dem Austritt der Gesellschaft, also mit dem Verkauf der Aktien erlischt. Der Vorgang, durch welchen einem Aktionär die Besorgung gewisser Gesellschaftsangelegenheiten gegen eine besondere Vergütung übertragen wird, ist nur ein Nebenvertrag (pactum adjectum), durch welchen die Sozietätsnatur des Verhältnisses nicht geändert wird. Die Mitglieder des Aufsichtsraths haben daher nur in den Angelegenheiten der Gesellschaft culpa in concreto [19]) zu vertreten, „den Fleiss und die Sorgfalt anzuwenden, welche sie in ihren eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen" (Art. 94 H.G.B.). Auch die willkürliche Absetzung des Aufsichtsraths ist damit ausgeschlossen und nur zulässig bei einer gröblichen Verletzung der Societätspflichten, wenn solche wichtige Gründe vorliegen, aus welchen der Ausschluss des offenen Handelsgesellschafters aus der Gesellschaft nach Art. 125 zulässig ist. [20]) Hierzu werden auch die in dem französischen und belgischen Recht hervorgehobenen Kollisionsfälle zwischen dem Gesellschaftsinteresse und dem Interesse, welches ein Mitglied des Aufsichtsraths wegen seiner Betheiligung bei anderen Unternehmen, denen er als Aktionär, Aufsichtsrath oder als sonstiger Interessirter angehört, gehören. [21]) Wenn das Honorar für den Aufsichtsrath — regelmässig ein

[19]) Die Mitglieder des Gläubigerausschusses haben nach der Spezialvorschrift des § 81 Deutsch. Konkursordnung die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters anzuwenden.

[20]) Keyssner, H.G.B. Art. 193 Not. 2. Ung. H.G.B. § 194, Die Mitglieder des Aufsichtskomité können unter Aufrechterhaltung der etwaigen Schadensansprüche von der Generalversammlung jederzeit enthoben werden. — Renaud, Aktienges. S. 630, Geiger, Busch, Archiv XXXIV S. 177 ff.; vgl. auch O.H.G. XXIV S. 325.

[21]) Art. 40 des französischen Gesetzes vom 24. Juli 1867: Il est interdit aux administrateurs de prendre ou de conserver un intérêt direct ou indirect dans une entreprise ou dans un marché fait avec la société ou pour son compte, à moins qu'ils n'y soient autorisés par l'assemblée générale. Il est, chaque année, rendu à l'assemblée générale un compte spécial de l'exécution des marchés ou entreprises par elles autorisés, aux termes du paragraphe précédent. Bei der Revision des Handelsrechts in Belgien wurde erwogen, dass es ausserordentlich schwierig sei, noch tüchtige fähige Vorstandsmitglieder zu finden, denn diese seien gerade solche, welche nicht geneigt seien, auf ihre weitverzweigten intimen Verbindungen mit anderen Geschäften zu Gunsten einer einzigen Gesellschaft zu verzichten (Sachs in dem Beilageheft zu Bd. 21 der Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht S. 143). Es wurde daher für genügend erachtet, wenn sich das betreffende Mitglied der Verwaltung bei einem solchen Kollisionsfall unter Anzeige desselben der Abstimmung enthält und wenn dies der nächsten Generalversammlung mitgetheilt wird (Art. 192 Belg. H.G.B).

bestimmter Prozentsatz vom Reingewinn — nicht für jedes Mitglied besonders fixirt ist, so wird der Anspruch als ein Gesammtrecht des Aufsichtsraths behandelt, sodass das einzelne Mitglied erst nach der unter den Mitberechtigten vorgenommenen Theilung auf Zahlung seines Antheils gegen die Gesellschaft klagen kann.[22])

Vorstand und Aufsichtsrath sind gehörig konstituirt, sobald die statutenmässig vollzogene Wahl von den Gewählten gehörig angenommen worden ist. Der Aufsichtsrath ist in der Regel kollegialisch organisirt,[23]) auch ist meist in den Statuten die Wahl eines Vorsitzenden und Stellvertreters desselben vorgeschrieben, so dass es erst der Vollziehung des Wahlaktes bedarf, damit der Aufsichtsrath in seine Funktion eintreten kann.

Die Rechte und Pflichten der beiden Gesellschaftsorgane sind theils vertragliche, theils gesetzliche, sie entstehen mit der durch die Annahme der Wahl eingetretenen Perfection des Anstellungsvertrages, welchen der Vorstand der Gesellschaft als solcher und des gesellschaftlichen Nebenvertrages, welchen der Aufsichtsrath mit dem Verbande der Mitaktionäre schliesst. Sie endigen mit der Auflösung des Vertrages, doch so, dass die gesetzlichen Pflichten des Vorstandes trotz der Auflösung des Anstellungsvertrages unter Umständen auch fortdauern, wenn die Eintragung der Veränderung im Handelsregister durch Schuld des ausgeschiedenen Vorstandes unterbleibt oder ungebührlich verzögert wird.

Die vertraglichen Beziehungen zu den Gesellschaftsorganen gehören in die Kollektivsphäre. Der Vertrag wird nicht so geschlossen, dass der Einzelaktionär daraus selbstständig berechtigt und verpflichtet wäre, die Abschliessung erfolgt nur so, dass Jeder daraus in Gemeinschaft mit allen Uebrigen Rechte und Pflichten erhält. Nur die Gesammtheit als Generalversammlung und nicht der Einzelaktionär ist befugt, Auskunft und Rechenschaft zu fordern und die Kontrolle auszuüben.

Der Gesellschaft gegenüber ist die vertragliche Verantwortlichkeit des Vorstandes auf die Erfüllung der ihm durch den Anstellungsvertrag übertragenen Funktionen beschränkt. Danach ist auch die Frage zu entscheiden, wie weit sich der Vorstand in das Detail der Verwaltung, in die technische Betriebsleitung sowie um die Buchführung zu bekümmern hat. Kraft der Bestimmung des Art. 234

> der Betrieb von Geschäften der Gesellschaft, sowie die Vertretung der Gesellschaft in Bezug auf diese Geschäftsführung kann auch sonstigen Bevollmächtigten oder Beamten der Gesellschaft zugewiesen werden. In diesem Falle bestimmt sich die Befugniss nach der ihnen ertheilten Vollmacht; sie

---

[22]) O.G.G. vom 19. September 1878 XXIV S. 225, Keyssner, Anspruch des Mitgliedes des Aufsichtsraths auf Lohn im Deutsch. Handelsblatt 1874 S. 243 —; auch das Recht die Bücher und Schriften der Gesellschaft jeder Zeit einzusehen, steht nur dem Aufsichtsrath in seiner Gesammtheit, nicht dem einzelnen Mitgliede zu. O.T. Berlin vom 30. April 1867, Striethorst, Archiv Bd. 67 S. 173.

[23]) Fall der Gliederung des Vorstandes in mehrere (Bau-, Finanz-) Kollegien im O.H.G. vom 1. Juni 1875 XVIII S. 337.

erstreckt sich im Zweifel auf alle Rechtshandlungen; welche die Ausführung derartiger Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt

kann die Exekutive auch besonderen Spezialbevollmächtigten der Gesellschaft (sg. Gesellschaftsbeamten wie [24]) technische Dirigenten, Versicherungsagenten, Stationsvorsteher) übertragen werden. Die Praxis hat sich auch für die Zulässigkeit der Bestellung von Prokuristen erklärt. Durch Urtheil des R. O. H. G. vom 4. Januar 1873 (VIII. S. 137) ist die Registrirung einer Prokura angeordnet worden, welche an zwei Gesellschaftsbeamte dahin ertheilt war, dass a. diese Beamten berechtigt sein sollen, gemeinschaftlich die Gesellschaft als Prokuristen zu vertreten und deren Firma per Prokura zu zeichnen, b. jeder derselben für sich allein zur Mitzeichnung der Firma per Prokura im Verein mit einem Mitglied des Vorstandes befugt sein soll. [25])

Die gesetzlichen Pflichten sind an die Person des Vorstandes gebunden, sofern jede Verletzung dieser Pflichten die persönliche Verantwortlichkeit des Vorstandes bewirkt, auch wenn die faktische Ausführung der die Verletzung verursachenden Handlungen durch andere Personen erfolgt ist.

1. Der Vorstand ist verpflichtet, Sorge zu tragen, dass die erforderlichen Bücher der Gesellschaft geführt werden, er ist weiter verpflichtet, dafür zu sorgen, dass die Bilanz innerhalb der ersten sechs Monate jeden Geschäftsjahrs aufgemacht, der Generalversammlung vorgelegt und in den Gesellschaftsblättern publizirt wird. Art. 239. Hierauf ist auch die vertragliche Pflicht des Vorstandes zur Rechnungslegung [26]) beschränkt, wenn er nicht noch ausserdem mit der Verwahrung oder Verwaltung des Vermögens betraut war. Für diesen Fall tritt noch die Pflicht zu einer speziellen Rechnungslegung, d. h. zur Angabe der Thatsachen hinzu, welche die Ansprüche des zur Rechenschaftsforderung Berechtigten gegen den Rechenschaftspflichtigen zu begründen geeignet sind.

---

[24]) Fraglich, wie weit Gesellschaftsbeamte (vgl. oben Anm. 7) zu Eidesleistungen an Stelle des Vorstandes zuzulassen? O.G. Wien vom 18. Januar 1876 (Gerichtshalle S. 484): Der zur Ertheilung der Klageinformation betraute Beamte einer Anstalt kann zu dem Namens der Aktiengesellschaft abzuschwörenden Eide behufs Rechtfertigung von in der Replik vorgebrachten Neuerungen zugelassen werden. Der zum Abschluss von Rechtsgeschäften für die Gesellschaft befugte Baudirektor darf zum Abschluss der Geschäfte nicht andere Gesellschaftsbeamte z. B. Bauaufseher substituiren, vgl. O.H.G. vom 28. März 1879 XXV S. 91.

[25]) Vgl. auch R.O.H.G. vom 2. November 1872 VII S. 414 und dagegen die Verfügung des Königl. Sächsischen Justizministeriums im Centralorgan N. F. I 168. — Nach Keyssner H.G.B. Not. 4 zu Art. 229 wird durch solche Vereinigung das betreffende Vorstandsmitglied Kollektivprokurist, so dass die Beschränkung des Art. 42 § 2 Platz greift: Direktor und Prokurist zusammen können nicht Grundstücke veräussern oder belasten.

[26]) Baehr, Verpflichtung zur Rechnungsablage in Ihering, Jahrbücher Bd. 13 S. 251, R.O.H.G. vom 1. Mai 1879 Bd. 25 S. 179; vgl. auch Bd. 13 S. 40 und 14, 88. — Die vom Vorstand bestellte Kaution bleibt bis zur Erfüllung der Rechnungslegungspflicht in den Händen der Gesellschaft O.H.G. vom 11. November 1878 XXIV S. 365, vgl. auch O.H.G. vom 16. November 1872 VIII S. 52 wegen Begründung der Klage der Gesellschaft gegen den ausgeschiedenen Direktor.

2. Der Vorstand ist verpflichtet, sobald sich ergibt, dass das Vermögen der Gesellschaft nicht mehr die Schulden deckt, sofort dem Gericht behufs der Eröffnung des Konkurses Anzeige zu machen; er muss ferner, wenn sich aus der letzten Bilanz ergibt, dass sich das Grundkapital um die Hälfte vermindert hat, unverzüglich eine Generalversammlung berufen, um dieser davon Anzeige zu machen (Art. 240).

3. Art. 241. „Mitglieder des Vorstandes, welche ausser den Grenzen ihres Auftrages oder den Vorschriften dieses Titels oder des Gesellschaftsvertrages entgegen handeln, haften persönlich und solidarisch für den dadurch entstandenen Schaden.[27]) Dies gilt insbesondere, wenn sie der Bestimmung des Art. 217 entgegen an die Aktionäre Dividenden oder Zinsen zahlen, oder wenn sie zu einer Zeit noch Zahlungen leisten, in welcher ihnen die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft hätte bekannt sein müssen."

4. Die Mitglieder des Aufsichtsraths sind nach Art. 225 b. persönlich und solidarisch zum Schadensersatz verpflichtet, wenn mit ihrem Wissen und ohne ihr Einschreiten

1. Die Einlagen an die Aktionäre zurückgezahlt, oder der Bestimmung des Art. 215 Abs. 3 entgegen eigene Aktien der Gesellschaft erworben oder amortisirt worden sind;

2. Zinsen oder Dividenden gezahlt sind, welche nach Massgabe der Bestimmungen des Art. 217 nicht gezahlt werden durften;

3. die Vertheilung des Gesellschaftsvermögens oder eine theilweise Zurückzahlung oder eine Herabsetzung des Grundkapitals ohne Beobachtung der gesetzlichen Bestimmungen (Art. 245 und 248) erfolgt ist.

5. Hierzu treten die Strafvorschriften des Art. 249. Die Mitglieder des Aufsichtsrathes und des Vorstandes werden mit Gefängniss bis zu drei Monaten bestraft:

1. wenn sie vorsätzlich behufs der Eintragung des Gesellschaftsvertrags in das Handelsregister falsche Angaben über die Zeichnung oder Einzahlung des Grundkapitals machen;

2. wenn durch ihre Schuld länger als drei Monate die Gesellschaft ohne Aufsichtsrath geblieben ist oder in dem letzteren die Beschlussfähigkeit erforderliche Zahl von Mitgliedern gefehlt hat;

3. wenn sie in ihren Darstellungen, in ihren Uebersichten über den Vermögensstand der Gesellschaft oder in den in der Generalversammlung gehaltenen Vorträgen wissentlich den Stand der Verhältnisse der Gesellschaft unwahr darstellen oder verschleiern.

Wird in den Fällen zu 2 und 3 festgestellt, dass mildernde Umstände vorhanden sind, so ist auf Geldbusse bis zu Eintausend Thaler zu erkennen;

sowie die des Art. 249 a

---

[27]) Vgl. O.T. Berlin vom 16. November 1876, Entsch. Bd. 79 S. 72, wo ein Mitglied des Vorstandes, welcher ohne Zuziehung des anderen Mitgliedes, also statt kollektiv, für sich allein mit einem Dritten kontrahirte, so dass dieser kein Recht gegen die Gesellschaft erworben, zur Vertragserfüllung diesem Dritten gegenüber verurtheilt worden ist.

die Mitglieder des Vorstandes werden mit Gefängniss bis zu 3 Monaten bestraft, wenn sie der Vorschrift des Art. 240 zuwider, dem Gericht die Anzeige zu machen unterlassen, dass das Vermögen der Gesellschaft nicht mehr die Schulden deckt, die Strafe tritt nicht ein, wenn von ihnen nachgewiesen wird, dass die Anzeige ohne ihr Verschulden unterblieben ist.

und die in der Deutschen Konkursordnung gegen die Mitglieder des Vorstandes einer Aktiengesellschaft enthaltenen Strafmittel

§ 214. Die Strafvorschriften der §§ 209—211 finden gegen die Mitglieder des Vorstandes einer Aktiengesellschaft oder eingetragenen Genossenschaft und gegen die Liquidatoren einer Handelsgesellschaft oder eingetragenen Genossenschaft, welche ihre Zahlungen eingestellt hat, oder über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, Anwendung, wenn sie in dieser Eigenschaft die mit Strafe bedrohten Handlungen begangen haben.

6. Der Gesellschaftsvorstand ist ausserdem verpflichtet, die in den Spezialgesetzen, wie z. B. der Steuer und Gewerbesteuergesetzgebung, dem gesetzlichen Vertreter einer Gesellschaft auferlegten Verpflichtungen bei Vermeidung persönlicher Verantwortlichkeit zu erfüllen.[28])

Die rechnungspflichtigen Gesellschaftsorgane sind berechtigt, nach erfolgter Abnahme der Rechnung und nach Erledigung etwa gezogener Monita Quittung, Decharge, d. h. das Anerkenntniss zu fordern, dass der Gesellschaft aus den Geschäften, über welche Rechnung gelegt, keine Ansprüche, bezw. nur etwaige von dem Rechnungsleger anerkannte Ansprüche zustehen. Die vorbehaltslose Ertheilung der Decharge schliesst jedes Nachforderungsrecht der Gesellschaft aus, soweit nicht nach allgemeinen Grundsätzen die Vertretung des Rechnungspflichtigen trotz erhaltener Quittung bestehen bleibt: Vertretung unredlicher Handlungen oder später entdeckter Rechnungsfehler, oder wegen solcher Angelegenheiten und Geschäfte, die in der Rechnung nicht vorgenommen,[29]) also auch nicht Gegenstand der Prüfung geworden sind. Die Generalversammlung ist sowohl zur Ertheilung der Decharge kompetent als zur Beschlussfassung darüber, ob und wie weit von den Revisoren (Aufsichtsrath; Revisionskommission, gerichtliche Bücherrevisoren) oder auf andere Weise konstatirte Regressansprüche gegen die Gesellschaftsorgane zu verfolgen oder ob davon abzusehen. Die Entscheidung erfolgt, soweit es sich um blosse Vertragswidrigkeiten handelt, nach freiem Ermessen und bei Statutenwidrigkeiten, sowie den damit nach dieser Beziehung gleich zustellenden Gesetzwidrigkeiten nach billigem Ermessen. Die Rechtsgültigkeit solcher von der Generalversammlung ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Verzichte und Erlasse ist nach den allgemeinen civilrechtlichen Grundsätzen zu beurtheilen, so namentlich die Frage, ob auch Ansprüche

---

[28]) Z. B. die Pflicht zur Anmeldung des Gewerbebetriebes. Entsch. d. O.T. Berlin Bd. 75 S. 421 vom 28. August 1875 und Bd. 71 S. 401 vom 19. September 1873. — Geldstrafen gegen die Direktoren von Eisenbahngesellschaften wegen Nichtbefolgung der Verfügungen der Verwaltungsbehörden Erk. des K. Gerichtshofes zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte vom 22. Mai 1852, Preuss. Just.-Min.-Bl. 1852 S. 243 u. s. w.

[29]) R.O.H. vom 12. Mai 1877 Bd. XXII S. 278.

wegen eines vergangenenen Dolus aufgegeben werden können. Die gehörig und innerhalb der Kompetenz der Generalversammlung gefassten Beschlüsse der Mehrheit der Anwesenden gelten wie andere über zur Kollektivssphäre gehörigen Angelegenheiten erfolgten Beschlüsse als Wille der Gesammtheit und als die letzte unwiderrufliche und unangreifbare Entscheidung, so dass sowohl die Minorität als die Abwesenden [30]) daran gebunden sind. Durch die Art. 194, 195 [31]): „Der Aufsichtsrath ist ermächtigt, gegen die Mitglieder des Vorstandes Prozesse zu führen, welche die Generalversammlung beschliesst. Jeder Aktionär ist befugt, als Intervenient in den Prozess auf seine Kosten einzutreten.

Handelt es sich um die eigene Verantwortlichkeit des Aufsichtsrathes, so kann letzterer ohne und selbst gegen den Beschluss der Generalversammlung gegen die Mitglieder des Vorstandes klagen.

Wenn die Aktionäre selbst in Gesammtheit und im gemeinsamen Interesse gegen die Mitglieder des Vorstandes auftreten wollen, oder gegen die Mitglieder des Aufsichtsrathes einen Prozess zu führen haben, so werden sie durch Bevollmächtigte vertreten. Falls aus irgend einem Grunde die Bestellung von Bevollmächtigten durch Wahl in der Generalversammlung gehindert wird, kann das Handelsgericht auf Antrag die Bevollmächtigten ernennen.

Jeder Aktionär ist befugt, als Intervenient in den Prozess auf seine Kosten einzutreten, ist das Mitwirkungsrecht des Einzelaktionärs auf die Geltendmachung

---

[30]) Die Vorschrift des Artikels 64 des Belgischen Gesellschaftsgesetzes vom 8. Mai 1873. „L'adoptation du bilan par l'assemblée générale vaut décharge pour les administrateurs et les commissaires de la société, mais en tant seulement que l'assemblée n'ait pas fait de réserve contraire et que le bilan ne contienne ni ommission, ni indication fausse dissimulant la situation réelle de la société. Toute fois, cette décharge n'est pas apposable aux actionaires absents, quant aux actes faits en dehors des statuts s'ils ne sont spécialement indiqués dans la convocation," durch welche die stillschweigende Unterwerfung des Aktionärs unter die Beschlüsse der Generalversammlung wegen Verzichtleistung auf Regressansprüche gegen die Gesellschaftsorgane an die Bedingung geknüpft ist, dass in der Einladung erkenntlich gemacht ist, dass dergleichen Fragen in der Generalversammlung entschieden werden sollen, enthält ein Kompromiss zwischen dem Schutz des Einzelaktionärs und der in den Berathungen betonten Erwägung „dass die Entwickelung des Geschäftsbetriebes der Aktiengesellschaften durch fortwährende mögliche von jedem Aktionär zu provozirende Klagen aufs äusserste gefährdet erscheine, zumal sich hinter den trotz der Decharge der Generalversammlung zuwider angestellten Regressklagen des Einzelaktionärs nur zu häufig Chikane und ein dem Unternehmen selbst feindliches Interesse verberge, gewisse Verwaltungsakte und die damit zusammenhängenden Geschäftsoperationen für alle Welt aufzudecken; vgl. Sachs, Die Revision des Handelsrechts in Belgien. Beilageheft zu Bd. XXI der Zeitschr. f. das gesammte Handelsr. S. 156—164.

[31]) Diese Vorschriften befinden sich in dem Titel der Kommanditgesellschaften auf Aktien und sind auch Artikel 226 „Handelt es sich um die Führung von Prozessen gegen die Mitglieder des Vorstandes oder Aufsichtsrathes, so kommen die für die Kommanditgesellschaft auf Aktien gegebenen Bestimmungen (Artikel 194, 195) auch hier zur Anwendung" auf die Aktiengesellschaft übertragen; vgl. hierüber Bekker in d. Zeitschr. f. das gesammte Handelsr. XVII S. 411—413.

des individuellen Einflusses in der Generalversammlung und später auf die Intervention im Prozess beschränkt.

Die Regressansprüche, auf deren Erwerb die Gesellschaft ausdrücklich oder durch vorbehaltslose Ertheilung der Decharge stillschweigend verzichtet hat, sind damit für die Gesammtheit der Aktionäre für immer verloren, so dass sie auch nach Auflösung der Gesellschaft nicht wieder aufleben können. Die von der Gesellschaft erworbenen Ansprüche, also sowohl die ausdrücklich als vermöge der gesetzlichen Reservate stillschweigend vorbehaltenen Ansprüche werden dagegen Bestandtheile des Gesellschaftsvermögens, an welchem jeder Aktionär wie an anderen Objekten des gemeinsamen Vermögens partizipirt, so zwar, dass er darüber während der Dauer der Gemeinschaft nur gemeinsam mit allen Anderen verfügen und erst nach Auflösung der Gesellschaft deren Theilung beanspruchen darf. Während der Dauer der Gemeinschaft ist die selbstständige Geltendmachung von der Gesellschaft zustehenden, aber von derselben nicht geltend gemachten, Regressansprüchen gegen die Gesellschaftsorgane Seitens der Einzelaktionäre ausgeschlossen und zwar ohne Unterschied, ob der Aktionär derartige Klagen antheilig im eigenen Interesse oder im Gesellschaftsinteresse, also mit dem Antrag auf Verurtheilung zur Zahlung in die Gesellschaftskasse ausüben will. Ihm steht auch kein Sonderrecht darauf zu, von der Gesellschaft zu verlangen, dass dieselbe ihm die Einziehung solcher Ansprüche, sei es in seinem Interesse oder im Gesellschaftsinteresse, übertrage. Auch ein Zwang gegen die Gesellschaft, dass dieselbe angehalten werde, gewisse Ansprüche gegen die Gesellschaftsorgane zu verfolgen, ist nur durchführbar, wenn die Generalversammlung dies in Ueberschreitung der gesetzlichen oder vertragsmässigen Kompetenz abgelehnt hat, was z. B. der Fall sein wird, wenn die Indemnität wegen Gesetz- und Statutenwidrigkeit rein willkürlich ertheilt worden ist.[32])

Die civilrechtliche Verantwortlichkeit der Gesellschaftsorgane setzt das Vorhandensein einer mit der begangenen Rechtswidrigkeit im Causalzusammenhange stehenden Vermögensbeschädigung voraus, so dass z. B. jede Beschwerde wegfällt, wenn der Vorstand zwar gesetzwidrig eigene Aktien der Gesellschaft gekauft, aber ohne dass das Gesellschaftsvermögen wirklich Einbusse erlitten, wieder verkauft hat.[33]) Der verursachte Schaden wird regelmässig ausschliesslich das Unternehmen treffen, indem dessen Rentabilität und Kapitalskraft geschwächt und vermindert werden. Das beschädigte und deshalb zur Forderung auf Entschädigung berechtigte Subjekt ist die Gesammtheit der Aktionäre, da Alle an ihrem Gemeinrecht und Miteigenthum Einbusse erleiden. Jeder einzelne, zur Zeit der Schadenszufügung vorhanden gewesene Aktionär ist in seiner Eigenschaft als Gesellschaftsmitglied und Verbandsperson nach Verhältniss seiner Betheiligungsquote mitberechtigt, aber zur Ausübung seines Mitrechts nach dem System der

---

[32]) Vgl. die U. des R.O.H.G. vom 17. April 1877 XXII S. 240 und vom 23. Novbr. 1875 XIX S. 179.

[33]) R.O.H.G. vom 20. Oktober 1877 Bd. XXIII S. 277.

Kollektivssphäre nur in Gemeinschaft mit der Gesammtheit der Mitberechtigten befugt. Die Rechtsverletzung ist gesühnt, wenn der frühere Zustand wieder hergestellt wird, wenn also dem Unternehmen die demselben durch verlustbringende oder unproduktive Geschäfte entführten Kräfte aus dem Privatvermögen der Urheber der Beschädigung wieder zurückgegeben werden. Damit ist auch den berechtigten Sonderinteressen der Aktionäre Genüge geleistet, weil damit jede Betheiligungsquote ihren früheren Werth wieder erhält. Die der Gesellschaft gegen ihre Organe zustehende Kontraktklage umfasst nicht blos die Fälle der fehlerhaften Geschäftsführung, sondern auch alle Gesetz- und Statutenwidrigkeiten, sodass die Gesellschaft nur selten auf den Gebrauch der Deliktsklage oder des subsidiären Rechtsmittels der actio doli angewiesen sein wird. Diese Klagen bilden dagegen den massgebenden Rechtsgrund für die Ersatzpflicht der Gesellschaftsorgane, welche unter Umständen eintreten kann, wenn die begangene Rechtswidrigkeit über das Unternehmen hinaus in die Privatsphäre Dritter, die auch nebenbei Aktionäre sein können, eingreift, so z. B. wenn der Fall des Art. 241 (S. 5, 86 Not. 27) vorliegt oder wenn durch fraudulöse Manipulationen wie trügerische Geschäftsberichte und Vertheilung fiktiver Dividenden ein künstlich hoher, von den betreffenden Urhebern ausgebeuteter Kursstand der Aktien bewirkt wird, durch welche Dritte zum Ankauf von Aktien zu den hohen Kursen zu ihrem Schaden verleitet worden sind.[34]) Ein weiteres über die allgemeinen civilrechtlichen Grundsätze, betreffend die Schadenszufügung ausserhalb eines

---

[34]) Vgl. Dreyer, Mittheilungen aus der neuesten französischen Rechtssprechung in d. Zeitschr. f. Handelsr. XX S. 263—266, XXVI S. 261, 262, wo die Urtheile des Pariser Apellhofes vom 1. August 1868 und des Kassationshofes vom 11. Novbr. 1873 mitgetheilt sind, durch welche Aktionären, welche unter der Behauptung, dass sie durch betrügerische Kunstgriffe der Administratoren der Gesellschaft zur Zeichnung von Aktien zu hohen Kursen verleitet worden, das Recht zugesprochen worden, gegen Rückgabe der Aktien den ganzen Ankaufspreis nebst Zinsen erstattet zu verlangen, während denjenigen unter solchen Umständen zur Zeichnung oder Ankauf von Aktien verleiteten Aktionären. welche ihre Aktien bei den stark weichenden Kursen verkauft hatten, das Recht zugesprochen wurde: Die Bezahlung der Differenz zwischen dem Ankaufspreise und dem Erlöse am Widerverkauf nebst Zinsen zu fordern. Im Urtheil des Kassationshofes vom 11. November 1873 ist hierbei ausgeführt, dass festgestellt sei, dass die Kläger die Aktien ohne Arglist verkauft hätten und dass damit, da der Kurs der Aktien immer mehr heruntergegangen, kein Nachtheil für die Beklagten verbunden; auch sei nicht anzunehmen, dass die Kläger mit dem Weiterverkauf der Aktien den Käufern diese Entschädigungsansprüche übertragen hätten, weil diese mit den Aktien ausser Zusammenhang ständen. — Der Klage lag die Thatsache zu Grunde, dass die Administratoren bei einer nicht anderen nicht kreditwürdigen Gesellschaft, grosse Summen 100,000,000 angelegt und obgleich ihnen der schlechte Vermögensstand dieser Gesellschaft, also die Unbeibringlichkeit der Anlage bekannt war, den Posten als volles Aktivum in den Bilanzen fortgeführt, dadurch aber bewirkt, dass 1. in den Jahren 1864 und 1865 Dividenden ausbezahlt wurden; 2. dass die Aktien im Kourse stiegen, d. h. dass das Publikum zum Ankaufe derselben bestimmt wurde; 3. dass auf ihren Vortrag in einer Generalversammlung sogar beschlossen wurde, wegen vortheilhafter Ausdehnung des Geschäftes das Aktienkapital zu verdoppeln. — Vgl. auch den (Goldschmidt in d. Zeitschr. für das gesammte Handelsrecht III S. 559) in England 1859 entschiedenen Fall, wo der Direktor einer Bank, welcher einen

Vertrages hinausgehendes selbstständiges Klagerecht steht dem Einzelaktionär nach dem System des Handelsgesetzbuchs gegen die Mitglieder der Gesellschaftsorgane nicht zu.[35])

In Betreff der Frage über die Haftung der Aktiengesellschaften Dritten gegenüber für die von den Gesellschaftsorganen und Gesellschaftsbevollmächtigten verübten Delikte und Vertragsverletzungen entscheiden — soweit die Materie nicht landesgesetzlich durch Spezialgesetze, wie z. B. für die Eisenbahngesellschaften oder auch das Reichshaftspflichtgesetz vom 7. Juni 1871 geregelt ist — die allgemeinen civilrechtlichen Vorschriften, welche in den Rechtsgebieten des gemeinen Rechts, des Preussischen Landrechts und des Französischen Rechts nicht völlig konform gehen.[36])

---

zur Kenntniss des Publikums bestimmten unrichtigen, die bedrohlichen Verhältnisse der Bank verschleiernden, Geschäftsbericht unterschrieben, zur Leistung von Schadensersatz auf die Klage eines Aktionärs verurtheilt wurde, der im August 1857 Aktien der im Oktober 1857 fallit erklärten Bank von einem Makler gekauft hatte, weil es feststehender Rechtssatz sei, dass jede wissentliche Veröffentlichung einer unrichtigen Thatsache einen jeden aus dem Publikum gegenüber verantwortlich macht, der darauf hin gehandelt hat; er gilt als betrogen, gleichviel welches das Motiv der Erklärung oder ihrer Veröffentlichung gewesen sein mag — vgl. auch die Fälle aus der englischen Praxis in derselben Zeitschr. I S. 175.

[35]) Streitfrage vgl. Becker, Beiträge zum Aktienrecht in der Zeitschr. f. das gesammte Handelsrecht S. 439—465 und Renaud, Die Klage des Aktionärs gegen Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsrathes in der Zeitschr. f. Handelsr. XII 1868 S. 1—33 — vgl. ferner die U. des O.H.G. vom 23. November 1875, vom 17. April 1877, XIX S. 178, 222, 239; Bd. XVIII S. 165 und die jüngst erschienene Broschüre von Dr. Reinganum, Frankfurt a. M., über die Rechte des Aktionärs und die Haftbarkeit des Aufsichtsrathes. Artikel 44 des französischen Gesetzes erkennt das Klagrecht des Einzelaktionärs schlechthin an und zwar sowohl für die Klage des Einzelaktionärs (action individuelle) als — zur Ersparung von Kosten und Weitläufigkeiten — die Kollektivklage einer Anzahl Aktionäre, welche mindestens $^1/_{20}$ des Kapitals besitzen. „Des actionaires representant le vingtième au moins du capital social peuvent, dans un intérêt commun, charger à leurs frais un ou plusieurs mandataires de soutenir, tant en demandant qu'en défendant, une action contre les gérants ou contre les membres du conseil de surveillance, et de se représenter, en ce cas, en justice, sans prejudice de l'action, que chaque actionaire peut intenter individuellement en son nom personnel. — Die Voraussetzungen des Klagerechts sind jedoch nicht näher bestimmt, es bleibt daher dahingestellt, ob dem Einzelaktionär ein selbstständiges mit der Gesellschaftsklage konkurrirendes Klagrecht gegen die Gesellschaftsorgane eingeräumt ist, oder ob dies Klagrecht auf den Fall beschränkt ist, wenn die Voraussetzungen der actio doli oder Schadenszufügungen ausserhalb des Vertrages vorliegen —; vgl. über das Belgische Recht die Art. 64, 127 des Gesellschaftsgesetzes vom 18. Mai 1873, wodurch dem Aktionär gegen von der Generalversammlung den Gesellschaftsorganen ertheilte Decharge ein binnen Jahresfrist geltend zu machendes Klagrecht eingeräumt ist, wenn der Gegenstand des Beschlusses nicht in der publizirten Tagesordnung enthalten war.

[36]) Goldschmidt über die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen in der Zeitschr. f. das gesammte Handelsr. XVI S. 288 ff. Ubbelohde in derselben Zeitschr. VII S. 200 ff.: Wie weit haftet nach gemeinem Recht der Schuldner als solcher für diejenigen Personen, denen er sich zum Zweck der Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient. — Laband in derselben Zeitschrift X S. 224. — Aus der Entsch. d. R.O.H.G.

§ 123.

5. Das Vermögen der Aktiengesellschaft.

Das Grundvermögen der Aktiengesellschaft besteht aus dem Geldwerth der von der Summe der Aktionäre gezeichneten Einlagen. Nicht blos die Verwaltung, auch die Bildung des Vermögens ist nach der Organisation der Aktiengesellschaft in die Hand des Vorstandes als Rechtsvertreters der Gesammtheit der Aktionäre gelegt. Die Einlagen, d. h. die Beiträge des Aktionärs zu dem Gesellschaftsfonds bleiben solange Bestandtheile des Sondervermögens des Einzelaktionärs, bis sie zum Betriebe des gemeinschaftlichen Geschäfts zusammengetragen sind, d. h. an die Gesammtheit der Mitgenossen zu deren und des Inferenten gemeinschaftlichen Eigenthums kommunizirt sind; [1]) dies ist der Fall, wenn die Geldeinlagen zur Gesellschaftskasse geflossen und die Sacheinlagen unter Dach und Fach der Aktiengesellschaftsfirma gebracht sind. Die blosse faktische Hergabe der den Gegenstand der Einlage bildenden Sachen zur Gemeinschaft ist nur dann für eine gehörige Leistung der Einlage zu erachten, wenn die Gesellschaft daran auch Dritten gegenüber, nach den zur Anwendung kommenden civilrechtlichen Grundsätzen, unentziehbares Eigenthum erwirbt, wenn also die Gefahr der Entwährung des Inferendums durch Angriffe der Privatgläubiger oder durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Inferenten ausgeschlossen ist. Die Vornahme derjenigen Rechtsakte, welche nothwendig sind, um der Aktiengesellschaft die ausschliessliche Herrschaft über die Einlage zu verleihen, gehört zur Erfüllung der in dem Gesellschaftsvertrage übernommenen Pflicht zur Kommunikation. [2])

---

vgl. für das gemeine Recht XII 79. Eisenbahng. XXI 289, Staatsbahnen XXIV 312, Industriegesellschaft — für das Preussische Recht XVIII 135, Industriegesellschaft ferner die Entsch. d. O.T. Berlin in Striethorst, Archiv: für Eisenbahnen Bd. XXVII S. 128 und 77 S. 103 und für Dampfschifffahrtsgesellschaften Bd. 28 S. 226 und 57 S. 120. — Vgl. auch für das gemeine Recht die Zusammenstellung in den Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 12 S. 120 ff., Seuffert, Archiv Bd. 25 Not. 128, Bd. 26 Not. 34 —, und O.H.G. vom 15. September 1879 XXV S. 347 und Plenarbeschluss vom 28. Januar 1876 XIX S. 196 über die Haftung von offenen Handelsgesellschaften und Vorschussvereinen für den durch ausserkontraktlichen dolus der Vertreter und Vorstandsmitglieder verursachten Schaden.

[1]) Allgemeines L.R. für die Preuss. Staaten Thl. I Tit. 17: § 198 der zum Betriebe des gemeinschaftlichen Geschäfts zusammengetragene Fonds ist von der Zeit des geschlossenen Vertrages an als gemeinschaftliches Eigenthum anzusehen.

§ 199. Sollen Grundstücke zum Fonds der Sozietät beigetragen und als gemeinsames Eigenthum angesehen werden, so soll deren förmliche Zuschreibung an die Gesellschaft im Hypothekenbuche erfolgen.

§ 200. Ist dies unterblieben, so werden dergleichen Grundstücke nur in Ansehung der Gesellschaft unter sich, nicht aber in Ansehung eines Dritten gemeinschaftlich.

§ 201. Mobilien und Effekten, welche nach einer gewissen Taxe der Gesellschaft überliefert worden, werden ebenfalls gemeinschaftliches Eigenthum derselben.

[2]) Die partikularrechtliche Praxis, wonach solche Sacheinlagen in Betreff ihrer Stempelpflichtigkeit nicht als gesellschaftliche Einlagen, sondern als selbständige neben

Die vor der Registrirung gezahlten Prozentsätze (§ 115) werden mit der Registrirung Eigenthum des Aktienvereins und zwar in den Händen der von der Zeichnersozietät mit der Verwahrung betrauten Empfänger, indem die Einzahlung von jedem Zeichner mit dem Beding geschieht, dass die angesammelten Geldbeiträge im Fall der Registrirung zur Gesellschaftskasse gebracht, und falls es nicht zur Registrirung kommt, restituirt werden sollen. Durch die Registrirung ist die Bedingung, von welcher der definitive Erwerb für die Gesammtheit der Aktionäre abhängig gemacht ist, eingetreten. Ebenso verhält es sich mit den Verbindlichkeiten zur Uebernahme von Anlagen oder sonstigen Vermögensstücken, mit welcher die zu errichtende Aktiengesellschaft nach Art. 209 b rechtsgültig belastet werden kann, wenn die hierauf bezüglichen Abreden integrirende Theile des registrirten Statuts geworden sind (§ 115), sowie nicht minder in Betreff von Zuwendungen,[3]) welche wie Konzessionen und Dividendengarantien[4]) vom Staate oder sonst ex titulo oneroso seu lucrativo zum Zweck der Ermöglichung und Beförderung des Unternehmens oder der Unterbringung der Aktien schon vor der Registrirung der Zeichnersocietät gegenüber erklärt worden sind. Alle dergleichen für die künftige Aktiengesellschaft bestimmten Rechte und Pflichten erlöschen, wenn die für den Erwerb gesetzte Bedingung der Registrirung nicht eintritt, während sie mit dem Registrirungsfall definitiv der Gesammtheit der Aktionäre erworben werden. Nach der Registrirung erfolgen alle Rechtshandlungen für den Gesellschaftszweck durch die Rechtsvertreter der Gesammtheit der Aktionäre (Vorstand, Gesellschaftsbeamte, Aufsichtsrath innerhalb dessen Ressort § 122) und zwar so, dass alle Rechte und Pflichten ohne einen Aufenthalt in der Mittelsperson zu nehmen, unmittelbar an die Gesammtheit der Geschäftsherren angeknüpft

---

dem Gesellschaftsvertrage hergehende und sich als Erfüllung desselben (Hingabe an Zahlungsstatt auf die fingirte in Geld erfolgte Zeichnung zu erachten ist, durch das Urtheil der vereinigten Civilsenate des Reichsgerichts vom 8. Juli 1880 (II. S. 303) dahin richtig gestellt werden, dass in allen den Fällen, wo der Betrieb einer Anlage oder eines bestimmten Geschäftes den Anlass zur Errichtung einer Aktiengesellschaft gegeben hat, der Natur der Sache nach die Absicht bei Konstituirung der Gesellschaft nicht sowohl auf das allseitige Zusammenschiessen von Geld, als vielmehr auf das Einbringen eben dieser Anlage oder des Geschäfts gerichtet ist und zwar nicht für einen Preis, sondern für die in den Aktien sich darstellende Betheiligung der Einbringenden an der Gesellschaft, dass daher in keinem Falle eine solche Festsetzung als ein neben dem Gesellschaftsvertrage bestehender mit denselben nur in Verbindung gebrachter Vertrag, sondern immer eine derjenigen Abreden darstelle, welche in ihrer Gesammtheit den individuellen Gesellschaftsvertrag ausmachen.

[3]) Dergleichen Zusicherungen können auch an bestimmte einzelne Persönlichkeiten erfolgen, die hierdurch in Stand gesetzt sind, die betreffenden Vortheile der Zeichnersozietät oder auch der Aktiengesellschaft nach erfolgter Registrirung unter Wahrnehmung ihres Privatinteresses zuzuwenden.

[4]) sg. Rentabilitätsgarantie oder blosse limitirte Dividendengarantie, durch welche nur eine fixirte Summe als äusserster Zuschuss versprochen wird; vgl. die Fälle in der Entscheidung des O.H.G. XXII S. 225 (Rentabilitätsgarantie) u. XXI S. 101 (Hausse-Konsortium mit Kurs-Garantie).

werden. Jeder Aktionär wird antheilig, nach Maassgabe seiner Betheiligungsquote berechtigt und verpflichtet, aber nach dem System der Kollektivsphäre (§ 119) nur so, dass er nur in Gemeinschaft mit dem Verbande der übrigen Mitberechtigten über die für ihn miterworbenen Sachen und Forderungsrechte verfügen und wegen der ihm mit zur Last fallenden Verbindlichkeiten nur gemeinsam mit dem Verbande der übrigen Mitschuldner in Anspruch genommen werden kann. Die zur Gesellschaftskasse geflossenen Einlagen, sowie das, was damit erworben wird, bilden das greifbare, in erster Linie zur Durchführung des Unternehmens, sowie zur Deckung der Kreditbedürfnisse bestimmte Gesellschaftsvermögen.[5]) Die ausstehenden Einlagen enthalten den Stoff zu ebenso viel Forderungsrechten als die Zahl der Beitragspflichtigen Aktionäre beträgt. Jeder Aktionär ist Alleinschuldner in Betreff der Erfüllung der mit seiner Mitgliedschaft verbundenen Beitragspflicht (Leistung des noch ausstehenden Theils seiner Einlage): er ist Mitgläubiger des Rechts, dass jeder der Mitgenossen in gleicher Weise seiner Beitragspflicht genügt. Die Entscheidung über die Einziehung und Verwendung der ausstehenden Einlagen ruht bei der Gesammtheit als Generalversammlung, die hierbei nur an die Vorschriften des Statutes (Zahlungsfristen) gebunden, im Uebrigen aber in ihrer Entschliessung, ob (Herabsetzung des Grundkapitals) und wann die Einforderung stattzufinden habe, völlig frei und jedem äusseren Zwange unzugänglich ist. Erst dann, wenn diese Beiträge zur Gesellschaftskasse herangeholt und in der Gesellschaftskasse zur Befriedigung des Bedürfnisses des Unternehmens bereit gestellt sind, werden sie Bestandtheile des gemeinsamen Fonds. Bis dahin bilden sie gewissermassen das Reserve- oder Garantiekapital des Unternehmens. Das Vermögen der Aktiengesellschaft ist sonach in zwei Theile zu zerlegen: 1) das äussere Gesellschaftsvermögen[6]) oder die Summe der dinglichen und persönlichen Rechte, sowie der Verbindlichkeiten, welche der Gesammtheit der Aktionäre (Gesellschaft als solche) mit einander und Dritten gegenüber zustehen und obliegen. 2) Das innere Gesellschaftsvermögen (Verbandsvermögen, Verbandsrechte und Verbandspflichten § 120) oder die gesellschaftlichen Vermögensrechte, welche die Aktionäre unter einander und gegen einander haben: die Sonderpflicht zur Leistung des ausstehenden Theils der Einlage, welche nach der Seite des berechtigten Subjekts hin ein Forderungsrecht des Verbandes der Mitaktionäre bildet und das Sonderrecht auf die Dividende, welches nach der Seite des verpflichteten Subjekts eine Pflicht des Verbandes der Mitaktionäre ist. Die Herrschaft über das gesammte Vermögen steht der Ge-

---

[5]) Das sg. Gründungskapital oder das zur Einrichtung des Geschäfts und zu seinem Betrieb erforderliche Kapital, welches theils als Anlage-, theils als Betriebskapital zur Verwendung kommt. Betriebs- oder umlaufendes Kapital wird der Theil des Gründungskapitals genannt, welcher zum Zweck kontinuirlicher Geldererzeugung in steter Umwandlung und Erneuerung begriffen ist, im Gegensatz zum Anlage- oder stehenden Kapital, welches als Grundlage der Produktion vorhanden sein muss.

[6]) Vermögen im juristischen Sinne als Aggregat von Rechten und Pflichten.

sammtheit zu, welche die darin begriffenen Funktionen theils unmittelbar als Generalversammlung theils mittelbar durch Rechtsvertreter ausübt, die hierbei nicht aus eigenem Recht, sondern nur nach Maassgabe ihrer Vollmacht und der für sie verbindlichen Beschlüsse des Aufsichtsraths und der Generalversammlung fungiren. Da der Vorstand einerseits von der Gesammtheit gewählt ist und andererseits sowohl mit der Repräsentation der Gesellschaft als solcher wie der des Verbandes betraut ist, so wird im Verkehr der theoretische Unterschied zwischen den Rechten und Pflichten der Gesellschaft „als solche“ und zwischen den Rechten und Pflichten des Verbandes der Mitaktionäre verdeckt. Bei allen Streitigkeiten wegen seiner Sonderrechte und Sonderpflichten findet der Einzelaktionär stets den Vertreter der Gesammtheit als Gegner vor sich, so dass der regelmässig auch jeder Separatvertretung entbehrende Verband völlig zurücktritt und es stets die Gesellschaft als solche ist — (der Verband der Mitaktionäre zuzüglich des mit dem Verbande in Streit gerathenen Aktionärs) —, welche auf dem Kampfplatz erscheint. Diese Erscheinung, wonach Jemand sich in verschiedenen Parteirollen gegenüber stehen kann, ist ein Produkt der verschiedenen Rechtssphären, in welchem jeder Aktionär seinen Mitgenossen gegenüber stehen kann (gesellschaftliche Sondersphäre, gesellschaftliche Kollektivsphäre, Individualssphäre als Gläubiger und Schuldner ausserhalb des Sozietätsvertrages § 121). Man kann sich den Aktionär zu diesem Zweck als in verschiedene Persönlichkeiten gespalten denken (homo qui plures personas in se sustinet), in dem man die spezifische aus den verschiedenen Sphären resultirende Rechtsmacht personifizirt.

Das Sondervermögen des Aktionärs, in welches die Dividende hinein- und die Einlage herausgehen soll, unterliegt der ausschliesslichen Herrschaft des Aktionärs, während der Gesellschaftsfonds, aus welchem die Dividende von ihm herausgeholt und die ausstehende Einlage hineingeholt werden soll, seinem Sonderwillen völlig entrückt ist. Die Lasten und Pflichten der ersteren Sphäre gehen für alleinige Rechnung des Aktionärs als Sonderindividuum, die der Kollektivsphäre für ungetheilte Gesammtrechnung, wobei der Aktionär nur in seiner Qualität als Verbandsperson konkurrirt.

Die Begrenztheit der den Aktienunternehmen zu Gebote stehenden Mittel erheischt es, dass dieselben während der Dauer der Gemeinschaft zur Erreichung des gesetzten Zweckes zusammengehalten und gegen jede Störungen durch den Eigenwillen der Vielheit der Eigner und deren Privatgläubiger behütet werden. Diesem Postulat wird zunächst durch die Organisation der Aktiengesellschaft entsprochen, vermöge derer die Verwahrung und Verwaltung des Vermögens so ausschliesslich in die Hände des Vorstandes und sonstigen von der Gesammtheit dazu bestellten Bevollmächtigten gelegt ist, dass dem Einzelaktionär selbst die rechtliche Möglichkeit versagt ist, in wirklichem oder vermeintlichem Interesse der Gesellschaft eigenmächtig zu handeln, z. B. Klagen zum Zweck der Unterbrechung der Verjährung anzustellen u. s. w. Der Aktionär steht dem Gesellschaftsvermögen nach dieser Richtung hin gleichsam wie ein Fremder gegenüber, er ist von jeder Mitbenutzung, selbst zum persönlichen Gebrauch (Usus)

wie freie Wohnung in einem Aktienhotel oder freie Fahrt auf einer Eisenbahn von Rechtswegen ausgeschlossen, es sei denn, dass für eine solche Participation ein Sonderrecht besonders geschaffen wäre, wie dies bei denjenigen Dividendengarantien der Fall ist, wo der Anspruch gegen den Garanten „der Gesellschaft als solcher“ erworben ist, aber behaftet mit dem Zwang zur Verwendung für die Aktionäre, so dass den Letzteren zwar für ihre Person kein selbständiges Klagrecht gegen den Garanten wohl aber das Sonderrecht zusteht, von der Gesellschaft zu verlangen, dass der gezahlte Zuschuss an jeden nach Maassgabe seiner Betheiligungsquote zur Vertheilung gelange. [7])

Ein weiterer, das Unternehmen gegen vorzeitige Störung sichernder Schutz liegt in dem Ausschluss der einseitigen Kündigung selbst ex justa causa und in dem damit zusammenhängenden Satz, dass auch alle in der Person des Uraktionärs und dessen Rechtsnachfolger vorgehenden Veränderungen (Tod, Entmündung, Konkurseröffnung, Infamie) kein Recht zum Rücktritt oder zum Ausschluss gewähren. Nicht nur die Einlage, sondern der Antheil, welcher dem Einzelaktionär an dem Gesellschaftsvermögen zusteht, muss bis zur Auflösung des Vertrages dem Unternehmen belassen werden. Dies feststehende Dogma ist im Art. 216 Absatz 2 mit den Worten ausgedrückt:

> „der Aktionär kann den eingezahlten Betrag nicht zurückfordern, und hat, so lange die Gesellschaft besteht, nur einen Anspruch auf den reinen Gewinn, soweit dieser nach dem Gesellschaftsvertrage zur Vertheilung unter die Aktionäre bestimmt ist.“

Privatgläubiger der Aktionäre haben an dem Gesellschaftsvermögen keine grösseren Rechte als ihre Schuldner, so dass sie nur die denselben gebührenden Dividenden oder den auf dieselben bei der Auflösung der Gemeinschaft entfallenden Netto-Substanzantheil mit Arrest oder Exekutionsmaassregeln nach Maassgabe der allgemeinen civilrechtlichen und prozessualischen Vorschriften zu umstricken vermögend sind, [8]) ohne dass ihnen das den Gläubigern der offenen Handelsgesellschafter und Kommanditisten gegebene Recht des Art. 126:

---

[7]) Vgl. den durch das R.O.H.G. vom 27. März 1877 XXII S. 225 entschiedenen Fall, wo die Verkäufer der in eine Aktiengesellschaft umgewandelten Fabrik vor der Registrirung dem bereits gewählten Aufsichtsrath gegenüber die Erklärung abgegeben hatte, dass sie im Fall der Bereitstellung eines bestimmten Betriebskapitals und des Nichteintritts erheblicher Geschäftsstörungen der Aktiengesellschaft gegenüber die Gewähr und die selbstschuldnerische Bürgschaft dafür übernähmen, dass die an die Aktionäre zu zahlende Dividende für die ersten drei Jahre 8 Prozent betragen werde, der Aufsichtsrath acceptirte diese Erklärung Namens der Aktiengesellschaft, ohne dass diese Garantie jedoch im Statut erwähnt worden wäre, dagegen war dies in dem Vertriebsprospekte, mittelst welchem ein Konsortium dem Publikum die Aktien zum Kauf anbot, geschehen. Die Generalversammlung verzichtete später gegen Zahlung einer Abfindungssumme auf diese Garantie. Ein zur Minorität gehöriger Aktionär erachtete, dass die Rechte aus der Garantie gegen die Garanten den Aktionären entsprechend ihren Aktienbesitz unmittelbar zustehen und erhob deshalb Klage gegen den Garanten, die abgewiesen wurde.

[8]) Ueber die Schwierigkeiten solcher Exekutionen selbst in Namenaktien, vgl. den Fall in d. Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. VI (1863) S. 615.

„Hat ein Privatgläubiger eines Gesellschafters nach fruchtlos vollstreckter Exekution in dessen Privatvermögen die Exekution in das dem Gesellschafter bei dereinstiger Auflösung der Gesellschaft zukommende Guthaben erwirkt, so ist er berechtigt, es mag die Gesellschaft auf bestimmte oder auf unbestimmte Dauer eingegangen sein, behufs seiner Befriedigung nach vorher von ihm geschehener Aufkündigung die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen. Die Aufkündigung muss mindestens sechs Monat vor Ablauf des Geschäftsjahres der Gesellschaft geschehen."

gewährt wäre.

Durch diese Befreiung des Aktiengesellschaftsvermögens gegen jede Einmischung der Einzelaktionäre und deren Privatgläubiger und durch die Fernhaltung aller in den persönlichen Verhältnissen der Aktionäre ihren Grund habenden Störungen des Geschäftsbetriebes wird nicht nur die Erreichung des Gesellschaftszwecks sicher gestellt, es wird dadurch auch in einem eminenten Grade der Kredit der Aktiengesellschaften erhöht, indem die Gesellschaftsgläubiger dadurch ein natürliches Vorrecht vor allen anderen, an das Vermögen zu erhebenden Ansprüchen erhalten, welches für den Fall der Auflösung und des Konkurses der Gesellschaft als gesetzlich privilegirtes Vorzugsrecht sanktionirt ist, so dass ebensowohl die Aktionäre wegen ihrer gesellschaftlichen Ansprüche als die Privatgläubiger der Aktionäre erst nach völliger Deckung aller Gesellschaftsschulden zur Perception gelangen. In den begrifflichen Ausschluss des Einzelaktionärs von jeder Einmischung in die Vermögenssphäre der Gesellschaft, den Usus mit eingeschlossen, in der durchgeführten Zurückdrängung der Privatgläubiger der Aktionäre und in der Unabhängigkeit der Operations- und Kreditbasis von allen Veränderungen, welche in der Person der Geschäftsprinzipale vorgehen, liegen die Hauptunterschiede des Aktiengesellschaftsvermögens von dem Vermögen der offenen Handelsgesellschaft und der gewöhnlichen Kommanditgesellschaft. Und diesem Unterschiede ist auch in dem Gesetz durch die Fassung des Art. 213 die entsprechende Rücksicht geworden.

Art. 213. Die Aktiengesellschaft als solche hat selbständig ihre Rechte und Pflichten; sie kann Eigenthum und auch andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben; sie kann vor Gericht klagen und verklagt werden.

Diese Fassung ist das Produkt eingehender Debatten, bei welchen die organischen Unterschiede der Unternehmungsreform der Aktiengesellschaft und der offenen Handelsgesellschaft zu Tage getreten sind. In den Berathungen des der Nürnberger Konferenz zu Grunde gelegten Entwurfs eines Handelsgesetzbuchs für die Preussischen Staaten waren an die Spitze des zweiten Buches von den Handelsgesellschaften gewisse General-Prinzipien als erster Titel von den Handelsgesellschaften im Allgemeinen gestellt, welche lauteten:

§ 87.

Jede Handelsgesellschaft als solche hat selbständig ihre Rechte und Pflichten und ihr besonderes Vermögen, sie kann vor Gericht klagen und verklagt werden; sie kann auf ihren Namen Grundstücke und Forderungen erwerben.

§ 88.

Das Vermögen der Handelsgesellschaft haftet den Gläubigern der Gesellschaft vorzugsweise.

Die Privatgläubiger eines Gesellschafters haben nur auf dasjenige Anspruch, was demselben bei der Vertheilung des Gewinnes aus der Auseinandersetzung zufällt.

§ 89.

Wer in eine bestehende Handelsgesellschaft eintritt, muss gleich jedem anderen Gesellschafter alle von der Gesellschaft vor seinem Eintritt eingegangenen Verbindlichkeiten anerkennen.

§ 90.

Der ordentliche Gerichtsstand einer Handelsgesellschaft ist bei dem Handelsgerichte des Bezirks, in welchem die Gesellschaft ihre Hauptniederlassung hat.

und zur Begründung war in den Motiven Seite 47 und 48 gesagt „die Handelsgesellschaft hat sich zwar auf der Grundlage der römisch-rechtlichen Sozietät entwickelt, es hat aber auf ihre Entwicklung wie auf alle Institute des Handelsrechts das Bedürfniss des Verkehrs einen so bestimmenden Einfluss geübt, dass die Aehnlichkeit mit der gewöhnlichen civilrechtlichen Gesellschaft nach und nach verwischt worden sind. Bei den jetzigen Verkehrsverhältnissen würde der Betrieb des Gesellschaftshandels thatsächlich unmöglich sein, wenn jedes einzelne der Gesellschaft zugehörige Vermögensstück im gemeinschaftlichen Eigenthum der einzelnen Theilnehmer stände und jede Gesellschaftsforderung von Rechtswegen unter die Gesellschafter getheilt wäre. Im Handelsleben wird vielmehr allgemein angenommen, dass die Handelsgesellschaft als solche ein besonderes, von dem Einzelvermögen der Gesellschafter unterschiedenes Handelsvermögen besitze, in Beziehung auf welches sie selbständige Rechte und Pflichten hat. In der französischen Jurisprudenz hat die Auffassung Geltung erlangt, dass die Handelsgesellschaft als eine juristische Person anzusehen sei, dies entspricht ihrer rechtlichen Natur. Indessen kann füglich davon Abstand genommen werden, die Handelsgesellschaft unter einen hergebrachten civilrechtlichen Rechtsbegriff unterzuordnen; der richtige Gesichtspunkt ist gewahrt, wenn die durch das Leben herausgebildete Anschauung, dass die Handelsgesellschaft selbständig ihre Rechte und Pflichten, sowie ihr besonders von dem Privatvermögen der Gesellschafter völlig getrenntes Vermögen hat, als Rechtssatz anerkannt wird." Dieses System wurde lebhaft bekämpft und gelangte nicht zum Durchbruch. Unter Streichung des ersten Titels wurde beschlossen, von der Aufstellung allgemeiner Grundsätze über die Handelsgesellschaft abzustehen, dagegen für jede der im Gesetz behandelten Arten die einzelnen, deren Natur entsprechenden Rechtssätze vollständig aufzunehmen. Bei der Spezialberathung kam das Dogma von der Eigenschaft der Handelsgesellschaft als selbständiges Rechtsobjekt für die offene Handelsgesell-

schaft und die beiden Kommanditgesellschaften nicht zur Anerkennung. Man glaubte vielmehr für diese Rechtsinstitute an der Sozietätstheorie festhalten zu müssen. Die in den Art. 87—90 enthaltenen Rechtsregeln wurden zwar schliesslich auch für die offene Handelsgesellschaft und für die Kommanditgesellschaft adoptirt, aber nicht als Konsequenzen der Idee der juristischen Person, sondern als dem Willen der Handelsgenossen, den thatsächlichen Vorgängen, der Natur der Sache, sowie den Bedürfnissen des Verkehrs entsprechende Eigenthümlichkeiten der modernen Gewerbegesellschaft. Der kritische das Prinzip der Handelsgesellschaft als selbständiges Rechtssubjekt enthaltende Abs. 1 des Art. 87 findet sich daher in den von der offenen Handelsgesellschaft, der Kommanditgesellschaft und der Kommanditgesellschaft auf Aktien handelnden Tit. 1—3 des zweiten von den Handelsgesellschaften überschriebenen Buches nicht vor. Die Worte „als solche hat selbständig ihre Rechte und Pflichten und ihr besonderes Vermögen" fehlen den Art. 111 und 164, von denen der Letztere auch auf die Kommanditgesellschaft auf Aktien berechnete, gleich dem Art. 111 lautet:

> Die Kommanditgesellschaft kann unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigenthum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden. Ihr ordentlicher Gerichtsstand ist bei dem Gericht, in dessen Bezirk sie ihren Sitz hat.

Bei der Aktiengesellschaft ist dagegen dem Prinzip des preussischen Entwurfs Rechnung getragen. Zwar wurde bei Berathung des jetzigen Art. 213 eine Aenderung der Fassung beantragt, weil „dessen jetzige Fassung nothwendig zu der Annahme führe, dass die Aktiengesellschaft von der Versammlung als eine juristische Person angesehen worden sei, während dieselben Gründe, welche bei der Entscheidung maassgebend gewesen, dass weder die offene noch die stille Gesellschaft die Eigenschaft einer juristischen Person habe, auch bei den Aktiengesellschaften zuträfen und aus der Annahme einer juristischen Persönlichkeit der Aktiengesellschaften ganz unpraktische Folgerungen gezogen werden würden." Mehrere Mitglieder hielten aber dafür, dass man nicht umhin könne den Aktiengesellschaften juristische Persönlichkeit beizulegen; denn bei ihnen seien die Verhältnisse wesentlich anders als bei den übrigen Handelsgesellschaften, bei ihnen komme z. B. auf den Wechsel der Personen gar nichts an, bei ihnen ständen den Gesellschaftern keine direkten Rechte auf die einzelnen Vermögensstücke der Gesellschaft zu und dgl. Noch andere der Herren Abgeordneten aber erklärten, dass sie zwar für die Beibehaltung der Fassung des Entwurfes stimmen würden, da das Wesen einer Aktiengesellschaft völlig verschieden von dem einer offenen Gesellschaft sei, dass sie aber gleichwohl nicht die Absicht hätten, eine juristische Persönlichkeit der Aktiengesellschaften hiermit anzuerkennen. Bei der Abstimmung wurde mit 9 gegen 6 Stimmen, für die Beibehaltung des Entwurfs entschieden.

Ein alt hergebrachtes, auf der eigenthümlichen Rechtsstellung des Aktionärs

zu dem Gesellschaftsvermögen beruhendes Privilegium ist es, dass Gegenstände, deren Erwerb dem Einzelaktionär verschlossen, von der Gesellschaft als solche erworben werden können. Das Verbot als solches bleibt für das Individuum bestehen und verhindert, dass der betreffende Gegenstand nach Auflösung der Gesellschaft dem vom Erwerb ausgeschlossenen Aktionär als freies Privateigenthum überwiesen werden kann. Hierauf bezieht sich die Vorschrift des § 2 des Reichsgesetzes, betreffend die Nationalität der Kauffahrteischiffe vom 25. Oktober 1867

> zur Führung der Landesflagge sind die Kauffahrteischiffe nur dann berechtigt, wenn sie in dem ausschliesslichen Eigenthum solcher Personen sich befinden, welchen das Landesindigenat zusteht. Diesen Personen sind gleich zu achten die im Landesgebiet errichteten Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, wenn sie innerhalb des Bundesgebietes ihren Sitz haben und wenn bei den Kommanditgesellschaften auf Aktien allen persönlich haftenden Mitgliedern das Bundesindigenat zusteht.

Das Miteigenthum des Aktionärs ergreift gleich dem des von der Firmirung ausgeschlossenen offenen Handelsgesellschafters alle einzelnen Bestandtheile des gemeinsamen Vermögens. Jedem Aktionär steht an allen einzelnen Sachen und Forderungsrechten der Gesellschaft ideelles Miteigenthum (condiminium pro indiviso) zu. Die inviduelle Ausübung der in dem Miteigenthum eingeschlossenen Befugnisse ruht während der Dauer der Gemeinschaft völlig, die Ausübung erfolgt nur gemeinsam durch einen gemeinsam bestellten Prokurator. Die Theilungsklage erwacht erst mit Auflösung des Vertrages.

> Jeder Aktionär hat einen verhältnissmässigen Antheil an dem Vermögen der Gesellschaft (216). Das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft wird nach Tilgung ihrer Schulden unter die Aktionäre nach Verhältniss ihrer Aktien getheilt.[9]) Art. 245, Abs. 1.

Die Zwecksatzung schützt nicht nur das Vermögen gegen den Sonderwillen des Aktionärs, es sichert auch Letzteren gegen willkürliche Verletzungen seines Substanzrechts. Das Vermögen der Aktiengesellschaft ist mit Ausschluss jeden anderen Zweckes ausschliesslich dazu bestimmt, um durch Durchführung des im Statut individualisirten Unternehmens einen zur Vertheilung geeigneten Geldgewinn für die Eigner des Vermögens herauszuwirthschaften. Lediglich zu diesem

---

[9]) Ist die Aktiengesellschaft in Wahrheit eine juristische Person, so steht das Eigenthum des Vermögens dem idealen über der Totalität der zeitigen Mitglieder schwebenden Wesen und nicht der Summe der jeweiligen Aktionäre zu; daher die Konstruktion der Aktienrechte als Forderungsrechte der Einzelnen gegen die juristische Person (§ 136); daher die Negation des Miteigenthums des Aktionärs und die Konstruktion der Aktienrechte als Forderungsrechte der Einzelnen gegen die juristische Person, als Eigenschaft der Person. Vgl. Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts Bd. I S. 392 Renaud, Das Recht der Aktiengesellschaften (1875) S. 98 und Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht Bd. I S. 1008, auch die Ausführungen in den Entscheidungen des O.H.G. vom 17. April 1877 XXII S. 242 und des O.T. Berlin vom 20. Dezbr. 1875 LXXVI S. 53.

Zweck werden die Einlagen promittirt und lediglich zur Erreichung dieser Aufgabe erfolgt die Unterwerfung des Sonderwillens unter die Summe der unter der Zwecksatzung begriffenen Beschränkungen. Die Universalversammlung ist berechtigt, sich über die nicht durch einen äusseren Willen, sondern durch den vertraglichen Willen aller in dem Rechtsverhältniss stehenden Kontrahenten gesetzten Schranken hinwegzusetzen und beliebig über das Schicksal des Unternehmens sowie über die Verwendung des Vermögens zu, dem ursprünglichen Gesellschaftsvertrage fremden Zwecken zu verfügen, ja das Vermögen zu verschenken oder zu zerstören, ohne an andere Rücksichten als die auf das Gläubigerinteresse gebunden zu sein. Diese Allmacht steht aber weder der Generalversammlung noch den Bevollmächtigten der Gesellschaft (Gesellschaftsorgane) zu. Deren Kompetenz ist auf das Gebiet beschränkt, für welches die ausdrückliche und stillschweigende Unterwerfung des Sonderwillens des Einzelaktionärs unter die Mehrheitsbeschlüsse der Generalversammlung erfolgt ist (§ 119—121). Innerhalb dieser Grenzen muss sich der Aktionär alle Verfügungen gefallen lassen, auch wenn solche nach seiner durch den Erfolg bestätigten Ansicht dem Gesellschaftsinteresse nicht entsprechen. Uebergriffen dagegen, also auch Beschlüssen der Generalversammlung, durch welche das Vermögen der Gesellschaft ganz oder theilweise für Geschäfte verwendet oder obligirt wird, welche nicht zu dem Kreise der Angelegenheiten gehören, für welche die Aktionäre im Gesellschaftsvertrage sich verbunden (Liberalitäten,[10]) Intercession[11]) für eine fremde Schuld, Erstattung der Gründungskosten[12]) oder Zuwendung anderer im Statut

[10]) Geschäftlich übliche Remunerationen zur Abgeltung von Diensten, für welche zwar ein rechtlicher Anspruch auf Vergütigung nicht besteht, aus Anstands- und Billigkeitsrücksichten, innerhalb eines billige Grenzen nicht überschreitenden Maasses sind durch Urtheil des R.O.H.G. vom 25. Oktober 1878 XXII S. 227 für zulässig erklärt; es handelte sich um eine dem liquidirenden Aufsichtsrath für die Mühewaltung der Liquidation zugebilligte Remuneration, gegenüber einem früheren Beschluss der Generalversammlung, dass der Aufsichtsrath keinen Anspruch auf Honorar haben solle — der Aufsichtsrath ist aber nicht befugt sich eine solche Remuneration selbst festzusetzen. R.O.H.G. vom 29. Mai 1875 XIX S. 336.

[11]) Urtheil des Reichsgerichts vom 9. Februar 1881 III S. 136 die Inkompetenz der Generalversammlung zur Verpfändung des Gesellschaftsvermögens für eine fremde Schuld betreffend.

[12]) R.O.H.G. vom 21. Januar 1876 XX 219: Der Konstituirung einer Versicherungsgesellschaft war ein mehrere Jahre dauerndes Gründungsstadium vorausgegangen. Die Delegirten des Gründungskomités billigten sich mit Genehmigung des Gesammtgründungskomités für ihre Thätigkeit Diäten und Reisekosten zu, welche aus den von den Zeichnern eingezahlten Prozentsätzen entnommen wurden. Nach Konstituirung der Gesellschaft legten die Delegirten, von denen der Hauptfaktor Gesellschafts-Vorstand geworden, dem Aufsichtsrath über die vereinnahmten Gelder und deren Verbleib Rechnung und erhielten vom Aufsichtsrath Decharge, obwohl das Statut ein Recht der Gründer auf Entschädigung für ihre Dienste nicht ausdrücklich statuirte. Die nach Ablauf des ersten Geschäftsjahres einberufene Generalversammlung beschloss, nachdem inzwischen ein neuer Vorstand gewählt war, auf Erstattung der dem früheren Vorstand für seine Thätigkeit im Gründungsstadium zugeflossenen Diäten und Reisekostenbeträge zu klagen und wurde demgemäss erkannt.

nicht hervorgehobener Vortheile an Gründer [13]) steht der Sonderwille frei und ungebunden und zum Schutz des gekränkten Sonderrechts berechtigt gegenüber.

Die Einrichtungen der Aktiengesellschaft sind ebensowohl auf Garantien für die Einreichung des Gesellschaftszweckes als für den Schutz der berechtigten Sonderinteressen der vigilanten Einzelaktionäre und des kreditgebenden Publikums bedacht.

Die rechtlich durchgeführte Trennung des Gesellschaftsantheils des Aktionärs von dessen Sondervermögen bringt es endlich mit sich, dass das Aktiengesellschaftsvermögen auch gegen jede Schwächung im Wege der Kompensation geschützt ist, dass letztere in keinem weiteren Umfange zulässig, als es dem Aktionär gestattet, sich aus dem gemeinschaftlichen Fonds Befriedigung zu schaffen. Eine Kompensation zwischen Forderungen der Aktiengesellschaft und Privatforderungen des Gesellschaftsschuldners gegen einen einzelnen Aktionär findet während der Dauer der Gesellschaft deshalb nicht statt und nach Auflösung der Gesellschaft ist sie nur zulässig, wenn und soweit die Gesellschaftsforderung dem Aktionär bei der Auseinandersetzung überwiesen ist (Art. 121).

Auf diesen komplizirten, scheinbar von verschiedenen Punkten ausgehenden aber mit einander konvergirenden und auf dasselbe Ziel hinwirkenden Relationen beruhen die Vorzüge der Aktiengesellschaft vor anderen Unternehmungsformen und ihr umfassender und dauerhafter Kredit. [14])

§ 124.

6. Das Grundkapital. Das System der beschränkten Beitrags- und Haftpflicht der Aktiengesellschaft.

Nach dem System des Handelsgesetzbuchs können die Beiträge der Aktionäre zum Gesellschaftsfonds nicht blos in Geld, sondern auch in anderen, unter den Begriff „Kapital im **hergebrachten** national-ökonomischen Sinne" [1]) fallenden

---

[13]) Vgl. einen solchen Fall im Bd. XXV S. 282 der Entsch. d. R.O.H.

[14]) Vgl. Schäffle, Lehrbuch der politischen Oekonomie (1873) Bd. II § 212 enthaltend eine vergleichende Würdigung der verschiedenen Unternehmungsformen.

[1]) Vermögen im wirthschaftlichen Sinne ist die Summe aller Verkehrsgüter, welche sich im Eigenthum einer physischen oder juristischen Person befinden. Die Verkehrsgüter, d. h. die Güter, welche Gegenstand oder Förderungsmittel des Verkehrs werden können, zerfallen in drei Klassen, a. persönliche Dienste, b. bewegliche und unbewegliche Sachen, c. Verhältnisse zu Personen oder Sachen, die oft eben so genau wie Sachgüter abgeschätzt werden können (Roscher, Die Grundlage der Nationalökonomie 1861 Bd. I S. 4, 10). Kapital (Roscher l. c. S. 71) ist jedes Verkehrsgut, welches zu fernerer Produktion aufbewahrt wird, Kapital im engeren Sinne als Grundlage des spekulativen Erwerbs im Gegensatz zu dem Unterhaltsvermögen, dem Inbegriff der werthvollen äusseren Unterhaltungsmittel einer Person (Schäffle, Politische Oekonomie 1873 Bd. I S. 135).

Quasikapitalien oder unkörperliche Kapitalien werden die unmateriellen Güter genannt, welche aus einer Produktion hervorgegangen sind oder zu einer Produktion benutzt werden, wie das Renommée einer bewährten Firma das Talent des Künstlers, die höhere Geschick-

Verkehrsgütern (bewegliche und unbewegliche Sachen, Forderungsrechte, geistiges und industrielles Eigenthum, Patente, Erfindungen, Urheberrechte an Mustern und Modellen, Kundschaft von Firmen und Zeitungen) bestehen.

Die Aufbringung des Aktienkapitals durch an die Person der Theilnehmer gebundene Dienste widerspricht ebensowohl dem Wesen der Aktiengesellschaft als Kapitalsassoziation wie dem System des Geldnominalbetrages und der Zirkulationsfähigkeit der Aktien und Aktienbriefe. Ein socius mere industrialis ist bei der Aktiengesellschaft nicht statthaft. Die Vorschrift des Artik. 209 b. Absatz 1,

> Wenn ein Aktionär eine auf das Grundkapital anzunehmende Einlage macht, welche nicht in baarem Gelde besteht, oder wenn Anlagen oder sonstige Vermögensstücke von der zu errichtenden Gesellschaft übernommen werden sollen, so ist in dem Gesellschaftsvertrage der Werth der Einlage oder des Vermögenstücks festzusetzen und die Zahl der Aktien oder der Preis zu bestimmen, welche für dieselben gewährt werden. Jeder zu Gunsten eines Aktionärs bedungene besondere Vortheil ist im Gesellschaftsvertrage gleichfalls festzusetzen,

ist nicht dahin auszulegen, dass die Form der Aktiengesellschaft auch für Unternehmen gestattet sei, welche ganz oder theilweise [2]) auf die Verpflichtung der Theilnehmer zu gegenseitiger Leistung von an die Person gebundenen Diensten (operae [3]) im Gegensatz zu opus) [4]) fundirt sind.

Gesellschaftsvermögen und Grundkapital: die Summe der in einem bestimmten Geldbetrag ausgedrückten Einlagen, decken sich schon im Zeitpunkt der Registrirung, nicht, wenn das Unternehmen nicht ausschliesslich auf Geld, sondern ganz oder theilweise auf Sacheinlagen oder auf Uebernahme von Anlagen und sonstigen Vermögensstücken gegründet ist, und wenn der objektive

---

lichkeit des Arbeiters (Rentzsch, Handwörterbuch der Volkswirthschaftslehre 1866. s. v. Kapital und Roscher l. c. S. 72), wo es heisst: „Viele von diesen unkörperlichen Kapitalien sind übertragbar, so z. B. die Kundschaft einer Firma, andere sind wieder mit der menschlichen Arbeitskraft untrennbar verbunden. — Die übertragbaren einer Schätzung im Gelde fähigen Quali-Kapitalien bilden das geistige und industrielle Eigenthum.

[2]) Vgl. Troplong Contrat de Société Bd. I S. 150 über die Eintheilung der Aktien in actions industrielles; non payantes, d'usufruit ou de jouissance, de fondation, de prime.

[3]) Vgl. über die lokalen Aktiengesellschaften zur Errichtung und Betreibung von Rübenzuckerfabriken, die zum Theil auf die Verpflichtung der Aktionäre gegründet sind, ihr Besitzthum in einem gewissen Umfange mit Rüben zu bebauen und die Rüben der Fabrik zu einem bestimmten Preise zu liefern, die Fälle in den Entscheidungen des O.H.G. XXIII S. 98 vom 21. November 1877 u. S. 273 vom 20. Oktober 1877.

[4]) Vgl. z. B. Preuss. Just.-Minist.-Bl. 1876 S. 83, wo der Fall erwähnt ist, wo eine Dampfschifffahrts-Aktiengesellschaft sich mit einem Kapital von 650,000 Thlr. in der Weise gebildet hat, dass der Hauptaktionär 410,000 Thlr. gezeichnet, diese Einlage aber nicht in baarem Gelde, sondern dadurch gemacht hat, dass er sich zur Erbauung von zwei Dampfschiffen zum Werth von 650,000 Thlr. verpflichtete, die ihm durch Auslieferung von sg. voll eingezahlten Aktien zum Nominalbetrage von 410,000 Thlr. und durch Baarzahlung von 205,000 Thlr. gewährt wurden.

Werth dieser Geldsurrogate mit der blos subjectiven Werthschätzung des Statuts (§ 115) nicht harmonirt.

Beide Dinge verhalten sich zu einander wie Soll und Haben. Das Vermögen drückt das „Haben“ und das Grundkapital das „Soll“ aus. Je nach dem Werth der Einlage und dem Gang der Geschäfte wird das Gesellschaftsvermögen auf, unter oder über dem Niveau der Ziffer des Grundkapitals stehen (Kurs der Aktien: Pari, unter oder über Pari). Die Vergleichung des Vermögenswerthes mit der Grundkapitalssumme ergibt den wirthschaftlichen Zustand des Unternehmens. Der erstrebte Unternehmergewinn ist erzielt, wenn die Ziffer des Vermögens die des Grundkapitals übersteigt. Unterbilanz ist vorhanden, wenn die Ziffer des Grundkapitals höher ist und bei Parität beider Ziffern ist kein reines Einkommen produzirt worden. Die oberste Richtschnur ist, dass nur das reine Einkommen vertheilungsfähig ist, so dass nichts als der Ueberschuss zwischen der Ziffer des Vermögens und des Grundkapitals zur Vertheilung unter die Aktionäre gebracht werden kann. Auf diesem Postulat beruht sowohl die Rechtfertigung des Systems des Geldnominalbetrages der Aktien als die Statuirung einer Reihe von Ausnahmen von der Vollwerthigkeit der Einlagen, die von dem Verkehr dem Recht allmählich abgerungen worden sind.

Das Risiko desjenigen, der sich am Gewinn und Verlust eines Unternehmens auf der Basis der absolut beschränkten Beitrags- und Haftpflicht, also so betheiligt, dass er nicht mehr verlieren kann als er dabei wagen will, ist erst erfüllt, wenn sein Vermögen um den Betrag der Einlage zu Gunsten des Unternehmens wirklich vermindert worden ist. Die Einlage muss nicht nur voll und gehörig geleistet sein, es darf auch nichts darauf zurückgewährt sein. Das Unternehmen darf erst Noth leiden und Gläubiger dürfen so lange nicht leer ausgehen, als noch Aktionäre vorhanden sind, welche weniger als den Geldwerth der gezeichneten Einlagen zugesetzt haben.

Das Dogma der Befreiuung desAktionärs von jeder weiteren Anforderung an Person oder Vermögen nach Leistung der Einlage: [5])

> „Der Aktionär ist nicht schuldig zu den Zwecken der Gesellschaft (Beitragspflicht) und zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten (Haftpflicht) mehr beizutragen, als den für die Aktie statutenmässig zu leistenden Beitrag“

ist konsequent und ausnahmslos durchgeführt. Das Reichsgesetz vom 16. Dezbr. 1875,[6]) betreffend die Umwandlung von Aktien in Reichswährung hat deshalb

---

[5]) Vgl. O.H.G. vom 11. Februar 1878 XXIII S. 297.

[6]) Wortlaut des Gesetzes § 1. Die Bestimmung des Artikels 207a des Handelsgesetzbuchs Abs. 3, lautend: Der Nominalbetrag der Aktien oder Aktienantheile darf während des Bestehens der Gesellschaft weder vermindert noch erhöht werden“ findet keine Anwendung, wenn der Nominalbetrag der Aktien, welcher nicht auf Thalerwährung oder Reichswährung lautet und nicht in eine mit fünfzig theilbare Summe in Mark umgerechnet werden kann, auf dem nächstniedrigeren durch fünfzig theilbaren Betrag in Mark vermindert oder auf den nächsthöheren durch fünfzig theilbaren Betrag in Mark erhöht wird. § 2. Eine Umwandlung nach Maassgabe der Bestimmungen dieses Gesetzes ist nur statthaft, wenn diese Umwandlung vor dem 1. Januar 1878 beschlossen und zum Handelsregister angemeldet worden ist. — Dazu Gutachten des R.O.H.G. über den Ge-

von der zwangsweisen Durchführung dieser Massregel Abstand genommen, weil damit unter Umständen ein Zwang zum Nachschuss kleinerer Geldbeträge behufs Abrundung verbunden gewesen wäre.

Die lästigen Konsequenzen der Beitrags- und Haftpflicht sind dagegen dem Verkehrsbedürfniss entsprechend zu Gunsten des Aktionärs in einigen Punkten abgeschwächt worden, theils zu dem Zwecke, um gewisse geschäftliche Operationen den Aktiengesellschaften zu erleichtern, theils um gewisse von der Lust zur Betheiligung abschreckende Unbequemlichkeiten zu beseitigen.

Vermöge dieser Ausnahmen ist der Autonomie der Genossen in Betreff der Verminderung der Beitragspflicht auch den Gläubigern der Gesellschaft gegenüber ein gewisser Spielraum eröffnet.

Nach dem Prinzip der absolut begrenzten Beitrags- und Haftpflicht aller Betheiligten gebildete Unternehmen sind nur unter der Voraussetzung kreditwürdig und mit der Rechtsordnung verträglich, wenn dem Kredit gebenden Publikum die rechtliche Garantie gewährt wird, dass das zugesagte publizirte Unternehmungskapital in seiner reellen Integrität zur Befriedigung der Kreditbedürfnisse auch wirklich hergegeben wird. Diese Garantie umfasst nach dem im H.G.B. zur Anwendung gebrachten System der Registrirung das gesammte durch die Zeichnungen gedeckte registrirte Grundkapital. Jeder Aktionär, dessen Zeichnungsschein die Registrirung mit verursacht hat, erregt dadurch die Erwartung, dass er seine Zeichnung nach Maassgabe des gleichfalls veröffentlichten Gesellschaftsvertrages honoriren werde. Den berechtigten Erwartungen des Publikums wird andererseits zur Genüge Rechnung getragen, wenn spätere von den Unternehmern gewollte erhebliche Vermögensänderungen erst dann zur Ausführung kommen, nachdem ihre Publikation erfolgt und den Gläubigern das Wahlrecht gelassen ist, ob sie trotz der Veränderung weiter kreditiren oder ihre Befriedigung, beziehungsweise Sicherstellung ihrer Forderungen beanspruchen wollen, wenn also eine solche Maassregel als partielle Auflösung behandelt und den für die Vertheilung des Vermögens im Fall der freiwilligen Liquidation vorgeschriebenen Kautelen unterworfen wird. Für minder erhebliche Veränderungen bedarf es der Regulirung des gesammten Passivstandes des Unternehmens nicht. Hierauf beruhen die Privilegien, wonach die Herabminderung des Risikos des einzelnen Aktionärs unter das gesetzliche Maass mit für die gegenwärtigen und zukünftigen Gläubiger verbindlicher Kraft erfolgen darf.

A. Die Ausnahmen von der Pflicht zur Vollleistung der Einlage hängen mit dem Brauch zusammen, wonach das Aktienkapital in der Regel vor der Registrirung nicht voll eingezahlt, sondern erst allmählich nach Bedürfniss des Unternehmens eingefordert wird, so dass der Aktionär zur Entrichtung der vor der Registrirung nicht eingezahlten Prozentsätze stets aufgefordert werden muss

---

setzentwurf erstattet auf Grund einstimmigen Plenarbeschlusses vom 30. November 1874 auszugsweise mitgetheilt in der Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. XXI S. 440—449 u. U. des Obersten Gerichts zu München vom 13. April 1875 eod. XXII S. 317.

und zur Zahlung nur verpflichtet ist, wenn die im Statut für die Einforderung vorgeschriebenen Maassgaben (Zahlungsfristen, Beschluss des Aufsichtsrathes oder der Generalversammlung) beobachtet sind. Die Einlage zerfällt somit in drei Theile: a. Die vor der Registrirung eingezahlten Prozentsätze, b. Die Rückstände, wenn die später gehörig ausgeschriebenen Theile der Einlage nicht rechtzeitig bezahlt werden, c. Die noch ausstehende Einlage, die zwar das Vermögen des Zeichners belastet, aber erst fällig wird, wenn die Ausschreibung gehörig erfolgt ist. Beim Schweigen des Statuts muss die ausstehende Einlage auf Ausschreibung des Vorstandes bei der angewiesenen Zahlstelle zur bekannt gemachten Zeit nicht früher [7]) und nicht später entrichtet werden.

I. Die Veräusserlichkeit der noch nicht voll eingezahlten Aktien würde leiden, wenn der Verkäufer der Aktien für den noch nicht eingeforderten Theil der Einlage verpflichtet bliebe. Andererseits hängt das Schicksal des Unternehmens davon ab, dass die ursprünglichen solventen Zeichner sich nicht willkürlich von dem Unternehmen zurückziehen. Durch die Erschwerung der Veräusserlichkeit nicht voll eingezahlter Aktien wird die Solidität, durch die Erleichterung aber das Zustandekommen von Aktienunternehmen befördert. Das H.G.B. hat sich für das letztere System entschieden, dabei zwischen Aktien auf Namen und auf Inhaber unterscheidend. In beiden Fällen kann der ursprüngliche Zeichner — (was von diesem, gilt auch für dessen Erben) — von der Verpflichtung zur Leistung des noch nicht eingeforderten Theils der Einlage mit der Wirkung befreit werden, dass der Verkäufer in die Verpflichtung einrückt und zwar ohne dass diese Veränderung registrirt zu werden braucht und ohne dass eine Zwangspflicht zur Offenlegung des Aktienbuchs oder eines Mitgliederregisters bestünde. Diese Befreiung ist bei Namenaktien jeder Zeit zulässig aber mit Fortdauer der Haftpflicht während eines Jahres. Die Liberirung des Zeichners von Inhaberaktien ist ohne diese Last aber erst nach Einzahlung von vierzig Prozent der gezeichneten Einlage gestattet:

Artikel 223.

Solange der Betrag der Aktie nicht vollständig eingezahlt ist, wird der Aktionär durch Uebertragung seines Anrechts auf einen Anderen von der Verbindlichkeit zur Zahlung des Rückstandes nur dann befreit, wenn die Gesellschaft den neuen Erwerber an seiner Stelle annimmt und ihn der Verbindlichkeit entlässt.

Auch in diesem Falle bleibt der austretende Aktionär auf Höhe des Rückstandes für alle bis dahin von der Gesellschaft eingegangenen Verbindlichkeiten noch auf ein Jahr, vom Tage des Austritts an gerechnet, subsidiarisch verhaftet.

Artikel 222.

Wenn die Aktien auf Inhaber gestellt werden, so kommen folgende Grundsätze zur Anwendung:

---

[7]) Ueber Einzahlung von Aktienraten vor dem durch den Verwaltungsrath festgestellten Einzahlungstage, wenn die Zahlstelle vorher fallirt; vgl. Zeitschr. f. Handelsr. VI S. 615.

Der Zeichner der Aktie ist für die Einzahlung von 40 Prozent des Nominalbetrages der Aktie unbedingt verhaftet; von dieser Verpflichtung kann derselbe weder durch Uebertragung seines Anrechts auf einen Dritten sich befreien noch Seitens der Gesellschaft entbunden werden; wird der Zeichner der Aktie, wegen verzögerter Einzahlung seines Anrechts aus der Zeichnung verlustig erklärt (Art. 220), so bleibt er dessen ungeachtet zur Einzahlung von 40 Prozent des Nominalbetrages der Aktie verpflichtet.

Im Gesellschaftsvertrage kann bestimmt werden, dass und unter welchen Maassgaben nach erfolgter Einzahlung von 40 Prozent die Befreiung des Zeichners von der Haftung für weitere Einzahlungen zulässig sei, und dass im Falle der eingetretenen Befreiung über die geleisteten Einzahlungen Promessen oder Interimsscheine, welche auf Inhaber lauten, ausgestellt werden dürfen.

Bei Namenaktien kann die ursprüngliche Entlassung des Zeichners statutarisch dem Ermessen der Generalversammlung oder der Gesellschaftsorgane anheim gestellt werden; bei Inhaberaktien muss alles Erforderliche im Statut bestimmt sein.

II. Die Herabsetzung (Reduktion) des Grundkapitals wird die Maassregel genannt, durch welche nicht blos die ursprünglichen Zeichner, sondern auch alle künftigen Inhaber der Aktien[8]) von der Pflicht zur Leistung der noch ausstehenden Einlage liberirt werden. Vor der Registrirung ist diese Abrede mit dem Gebote der Vollzeichnung des Grundkapitals als Vorbedingung der Registrirung unvereinbar, und damit ist die vor Einführung der Novelle von 1870, namentlich bei Eisbahnunternehmen vielfach üblich gewesene Unterpariemission als reichsgesetzlich verboten zu erachten und zwar ohne Unterschied, ob die Stipulation zu Gunsten aller oder nur einzelner Aktionäre erfolgt. Nach der Registrirung ist die Liberirung aller oder einzelner Aktien von der darauf ruhenden Einzahlungspflicht unter Beobachtung der zum Schutz der Gläubiger für die Vermögensvertheilung bei der freiwilligen Liquidation vorgeschriebenen Kautelen erlaubt, „eine Herabsetzung des Grundkapitals kann nur auf Beschluss

---

[8]) Vgl. Nissen, die Emission von Aktien unter Pari in d. Zeitschr. f. Handelsr. XXI (1876) S. 100—120 und den Bericht der Spezialkommission zur Untersuchung des Eisenbahn-Konzessionswesens (Preuss. Haus der Abgeordneten 1873, 1874 Nr. 11 in der Druckschrift der Regierung S. 170. — Nissen nimmt an, dass die Abrede den Gläubigern gegenüber ungültig, aber unter den Paziszenten gültig sei, S. 111 l. c., während Anschütz und Völderndorff, Kommentar II S. 509 die Abrede für zulässig erklären, wenn sie im Statut enthalten und mit demselben publizirt wird. Von dem letzteren Gesichtspunkt wurde die Sache auch unter der Herrschaft des Konzessionssystems von der Verwaltung betrachtet, indem die Statuten mancher Gesellschaften staatlich genehmigt worden sind, obschon in denselben die Emission unter Pari enthalten war, (vgl. den Bericht der Spezialkommission S. 137 und Wiener, Gutachten S. 26); das K. Sächs. Gesetz über die juristischen Personen vom 14. Juni 1868 gestattet im § 41 die Ausgabe von Aktien unter dem Nennwerth, unter der Bedingung der Anmeldung des darauf zielenden Beschlusses zum Gesellschaftsregister und der Veröffentlichung durch Amtsblatt und Leipziger Zeitung.

der Generalversammlung und nur unter Beobachtung derselben Bestimmungen erfolgen, welche für die Vertheilung des Vermögens im Fall der Auflösung maassgebend sind (Art. 248)." Zwischen dem Beschluss und dem Eintritt der rechtlichen Wirkung desselben liegt das zur Meldung und Sicherstellung der Gläubiger vom Gesetz bestimmte sog. gesperrte Jahr (§ 129). Erst nach Ablauf dieser Frist tritt die Befreiung den alten Gläubigern gegenüber ein. Für die erst nach Fassung des Beschlusses kontrahirten Schulden gilt Befreiung aber schon von der Registrirung des Beschlusses ab, weil damit das Kredit gebende Publikum als genügend verwarnt angesehen werden muss. Die englische Gesellschaftsakte von 1867, Art. 9 und das ungarische H.G.B. Art. 209 machen die Grundkapitalsreduktion von einer richterlichen Prüfung des Vermögensstandes abhängig.

3. Die im Art. 220

> Ein Aktionär, welcher den Betrag seiner Aktie nicht zur rechten Zeit einzahlt, ist zur Zahlung von Verzugszinsen von Rechtswegen verpflichtet.
>
> Im Gesellschaftsvertrage können für den Fall der verzögerten Einzahlung des gezeichneten Aktienbetrages oder eines Theils desselben Konventionalstrafen ohne Rücksicht auf die sonst stattfindenden gesetzlichen Einschränkungen festgesetzt werden; auch kann bestimmt werden, dass die säumigen Aktionäre ihre Anrechte aus der Zeichnung der Aktien und der geleisteten Theilzahlungen zu Gunsten der Gesellschaft verlustig gehen.

enthaltene sog. Kaduzirung der Aktien: Ausschluss des mit Erfüllung der Beitragspflicht säumigen Aktionärs aus der Gesellschaft und Akkreszenz des verfallenen Antheils an die Mitgenossen bewirkt, wenn der Verkauf der kaduzirten Aktie nicht gelingt, eine Lücke im Grundkapital, indem der ausgeschlossene Aktionär von der Pflicht zur Leistung der rückständigen und ausstehenden Beiträge befreit bleibt, ohne dass seine Mitgenossen, welchen sein Antheil zufällt, zur Leistung von Nachschüssen, behufs Kompletirung der Einlage verpflichtet sind. Die Kaduzirung ist als ein Nachtheil für den säumigen Aktionär und zugleich als ein Mittel für die Gesellschaft gedacht, um rasch im Wege des freihändigen Verkaufs der Aktie (Annahme eines neuen Mitgliedes an Stelle des ausgeschlossenen) zum fehlenden Gelde zu kommen, namentlich, wenn der Zeichner in Konkurs verfällt, wo sich der Anspruch der Gesellschaft, falls die Konkursmasse nicht — was zulässig — in die Aktionärschaft eintritt, in einen als Konkursgläubiger geltend zu machenden Anspruch [8a]) auf Entschädigung auflöst. Die Kaduzirung darf daher nicht als ein Mittel benutzt werden, um sich einer drohenden Insolvenz gegenüber von der Pflicht zur Vollleistung der Einlage frei

---

[8a]) Reichsgericht vom 22. Mai 1880 Bd. II S. 262 über Einfluss des Konkurses des Aktienzeichners auf die Verpflichtung zur Leistung der nach Konkurseröffnung ausgeschriebenen Einzahlungen und R.O.H. vom 17. Juni 1879 XXV S. 293 über die Wirkung des Konkurses des Aktienzeichners in Betreff der nach Beendigung des Konkurses durch Akkord auf die Aktien ausgeschriebenen Einzahlungen.

zu machen. Die Maassregel soll eine Strafe [9]) und keine Begünstigung, wie der see- und bergrechtliche Abandon sein.

B. Die zweite Klasse der Ausnahmen betrifft die Fälle, wo eine Schwächung des Geschäftsvermögens während der Dauer der Gesellschaft dadurch nachgelassen ist, dass demselben bereits zugeführte Einlagen daraus ganz oder theilweise wieder in das Vermögen der Aktionäre zurückgebracht werden. Jede hierunter fallende Operation enthält eine Partialtheilung des Vermögens, wenn die Zurückgewährung an alle geschieht und eine Abschichtung, wenn nur einzelne Aktionäre davon betroffen werden.

I. Die Zurückzahlung des Grundkapitals, d. h. die theilweise Zurückzahlung der Einlagen an alle Aktionäre [10]) muss ebenso wie die Herabsetzung des Grundkapitals unter Beobachtung der zum Schutz der Gläubiger bestimmten Kautelen erfolgen (Art. 248). So lange die wirkliche Rückzahlung an die einzelnen Aktionäre noch nicht geschehen ist, haftet das Gesellschaftsvermögen in seiner ganzen Integrität, sowohl den alten wie den neuen Gläubigern; erst die Ausscheidung der Geldstücke aus dem Eigenthum der Gemeinschaft befreit von der Verpflichtung zur Hergabe dieses Theils der ursprünglichen Einlage.

II. Verhüllte Partialtheilungen sind das Privilegium des Behaltens von fiktiven Dividenden (§ 17) und die sog. Bauzinsen, d. h. Bezüge, welche während der Vorbereitungszeit des Unternehmens, **wenn diese Zeit in dem Statut kalendermässig fixirt ist**, aus dem Gesellschaftsvermögen den Aktionären gewährt werden können, weil [11]) „es einzelnen Aktionären schwer fallen würde, bis zu dem oft erst nach längerer Zeit beginnenden vollen Betriebe des Unternehmens jeden Ertrag ihrer Einlage zu entbehren und es das Zustandekommen mancher im öffentlichen Interesse wünschenswerthen Aktien-Unternehmung erschwert, wenn das Gesetz nicht gestattete, bis zu diesem Zeitpunkt Zinsen auszubedingen.“ Auf diesen Utilitätsgründen beruht die Anomalie des Art. 217: „es können für den in dem Gesellschaftsvertrage [12]) angegebenen Zeitraum, welchen die Vorbereitung des Unternehmens bis zum Anfange des vollen Betriebes erfordert, den Aktionären Zinsen von bestimmter Höhe bedungen werden.“

---

[9]) U. des Reichsgerichts vom 31. Dezbr. 1879 Bd. II S. 22.

[10]) Keyssner, Theilweise Zurückzahlung des Grundkapitals an die Aktionäre in d. Zeitschr. f. Handelsr. XX (1875) S. 467—479.

[11]) Motive des Preuss. Entwurfs eines H.G.B. S. 90.

[12]) Die Plenarentsch. Sen. I des O.H.G. vom 17. August 1877 (Bd. XXII S. 12) versagt die Zahlung von Bauzinsen, welche für die Dauer der zeitlich unbestimmten Fertigstellung des Baues einer Eisenbahn versprochen worden, während solche in dem U. vom 18. März 1874 XIII 126 zugelassen war, „wenn in den Voranschlägen genaue Bestimmungen über die Bauzeit enthalten“; in dem U. vom 6. April 1877 XXII 19 ist weiter angenommen, dass die im Statut fehlende kalendermässige Bestimmung der Dauer der Bauzeit selbst dadurch nicht ersetzt werde, dass die Staatsverwaltung dem der staatlichen Genehmigung bedürfenden Unternehmen einen Termin für den Beginn der Intriebnahme vorgeschrieben hat.

III. Eine andere Bewandtniss hat es mit der Amortisation[13]) voll eingezahlter Aktien, d. h. der allmählichen planmässigen Rückzahlung der Einlagen mit und ohne Kursbestimmung (Amortisation zum Nominalbetrage oder Tageskurse) aus dem Reingewinn durch Erwerb von Aktien im Wege des freihändigen Ankaufs oder durch das Mittel der Verlosung und der Kraftloserklärung (Amortisirung), der sich auf öffentlichen Aufruf zur Empfangnahme des Geldes nicht meldenden Aktionäre. Die abgelösten Aktienrechte wachsen den im Verbande verbleibenden Aktionären zu, indem sie die Gesellschaftsquoten der verbleibenden erhöhen. Wenn z. B. von 1000 Aktien à 100 fünfhundert amortisirt sind, so beträgt die auf jede dieser Aktien entfallende Quote von einem Jahresgewinn von 10000 nicht mehr zehn Prozent Dividende pro Aktie, sondern zwanzig Prozent pro Aktie. Werden die Amortisationsbeträge faktisch aus dem erzielten Reingewinn entnommen, so enthält die Amortisation keine Schädigung der Gläubiger, sie greift aber stets in das Dividendenrecht der Aktionäre, und wenn sie im Wege der Verlosung erfolgt, auch in das Eigenthum ein, sie enthält dann eine Art Expropriation. Beides setzt freiwillige ausdrückliche Unterwerfung aller Aktionäre voraus, so dass die Maassregel der Amortisation in Betreff des ursprünglichen Aktienkapitals in dem Ur-Gesellschaftsvertrage und betreffs späterer Emissionen in den betreffenden Statutennachträgen enthalten sein muss. Dieser herkömmliche und in den partikularrechtlichen Verwaltungsregulativen[14]) fixirte Modus der Amortisation als Ausscheidung von Theilen des Gesellschaftsvermögens durch Aufwendungen aus dem Reingewinn, beziehungsweise aus einem daraus gebildeten Amortisationsfonds ist durch die Novelle von 1870 in das geltende Recht übernommen worden und zwar in der Fassung des Artikels 215, Abs. 3.

> Die Aktiengesellschaft darf eigene Aktien nicht amortisiren, sofern dies nicht durch den ursprünglichen Gesellschaftsvertrag oder durch einen den letzteren abändernden, vor Ausgabe der Aktien gefassten Beschluss zugelassen ist.

Die Nothwendigkeit der Entnahme der Amortisationsbeträge aus dem Reingewinn ist nicht besonders betont, weil dieses Merkmal dem Begriff der Amortisation adhärirt. Dieses Omissum hat die praktische Konsequenz, dass damit Uebergriffe in die Substanz, wenn z. B. die Amortisation aus fiktiven Dividenden bewirkt wird, vor Anfechtungen der Gläubiger nach den für die Dividende geltenden Grundsätzen (§ 125) geschützt sind. Diese Eventualitäten sind von dem Gesetzgeber nicht für so bedenklich erachtet, um die Amortisation aus dem

---

[13]) Goldschmidt über Herabsetzung des Grundkapitals einer Aktiengesellschaft durch Ankauf und Amortisation eigener Aktien in der Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. XXI S. 1—11.

[14]) Vgl. Cirkular Vers. d. Preuss. Handelsm. vom 29. März 1856 wegen der bei Bestätigung von Statuten von Aktiengesellschaften festzuhaltenden allgemeinen Grundsätze Nr. 24 in Weinhagen, R. d. Aktienges. Anh. S. 84.

Reingewinn völlig zu verbieten, sie sind aber immerhin für so gewichtig gehalten worden, um die Operation nur zuzulassen, wenn sie vor der Registrirung und folgeweise vor der erst nach diesem Zeitpunkt zulässigen Ausgabe von Aktienbriefen als Vertragsklausel beschlossen ist. Zur Ausgleichung der Härte, welche darin liegt, dass Theilnehmer von gut rentirenden Unternehmen im Fall der Auslosung ihrer Aktien ihre Betheiligung und zwar in der Regel zum Parikurse aufzugeben gezwungen sind, ist das Institut der Genussscheine entstanden, vermöge dessen die Inhaber der ausgelosten Aktien Mitglieder der Gesellschaft mit geminderten Rechten bleiben.[15])

Eine planmässige Amortisation der Aktien aus der Substanz des Gesell-

---

[15]) Keyssner, Aktiengesellschaften, theilt S. 234 ein solches, Genussscheine enthaltendes Statut ausführlich mit; dessen hierauf bezügliche Bestimmungen lauten: „Gleichzeitig mit der Rückzahlung des Nennwerthes der Aktien wird gegen Rückgabe der ausgelosten Aktien und der dazu gehörigen noch nicht fälligen Dividendenscheine nebst Talon, zu welcher Rückgabe der Inhaber der ausgelosten Aktie verpflichtet ist, dem Inhaber für jede Aktie ein Genussschein (action de jouissance), mit Koupon und Talon versehen, ausgehändigt, welcher ihm den ferneren Bezug der Superdividende sichert, auch im Uebrigen der Inhaber dieselben Rechte, wie sie den Besitzern nichtamortisirter Aktien zustehen, erhält, jedoch mit der Maassgabe, dass:

a. der Bezug der den Aktionären zunächst zustehenden 5 Prozent Dividende schon vom Beginn des Geschäftsjahres ab aufhört, in dem die Auslosung erfolgt ist,

b. bei Auflösung der Gesellschaft vor Amortisation sämmtlicher Aktien die Inhaber der Genussscheine sich den bereits zurückempfangenen Kapitalbetrag in Anrechnung bringen lassen müssen, und

c. den Inhabern der Genussscheine in den im § 36 vorgesehenen Fällen kein Stimmrecht zusteht, wenn zur Zeit des darüber zu fassenden Beschlusses noch nicht alle Aktien ausgelost sind.

Der Aufsichtsrath ist verantwortlich dafür, dass die amortisirten Aktien nebst Dividendenscheinen und Talons, sobald sie eingehen, spätestens bei Gelegenheit der nächsten Verlosung vernichtet werden und zwar in Gegenwart eines Notars.

Die Inhaber der ausgelosten Aktien sind zu deren Austausch gegen Genussschein und Empfang des Aktienbetrages mindestens drei Monate in Zwischenräumen von mindestens 14 Tagen durch die Gesellschaftsblätter aufzufordern; fehlen bei Rücklieferung der ausgelosten Aktien einzelne Dividendenscheine oder deren Talons, so bleibt es dem Aufsichtsrath überlassen, festzusetzen, unter welchen Modalitäten er die Zahlung des Aktienbetrages und den Austausch gegen den Genussschein dennoch zulassen will. Alle noch nicht fälligen Dividendenscheine ausgeloster Aktien werden sofort nach der Auslosung werthlos und ungültig. Für die Beschädigung und den Verlust der Genussscheine ihrer Superdividenden, Koupons und Talons gelten ebenso die für die Verjährung der Koupons und die Ausgabe einer neuen Kouponsserie alle Bestimmungen, welche in dieser Beziehung für die Aktien, deren Dividendenscheine und Talons gemacht sind.“

Bei Aktiengesellschaften von gemeinnütziger Tendenz, wie z. B. den in der preussischen Gesetzsammlung 1848 S. 355, 1856 S. 978, 1861 S. 780, 1864 S. 460 u. s. w. erwähnten und mit Stempel- und Sportelfreiheit gleich den öffentlichen Armenanstalten versehenen gemeinnützigen Baugesellschaften, wird zuweilen über das Vermögen der Aktiengesellschaft, nach durchgeführter Zurückzahlung der von den Stiftern des Unternehmens hergegebenen Geldbeiträge, zu Gunsten anderer Personen oder Zwecke disponirt.

schaftsvermögens ist eine voraus verabredete Zurückzahlung des Grundkapitals und als der Natur der Sache widersprechend nicht gebräuchlich. In neuerer Zeit ist dagegen der Ausdruck Amortisation auch auf den freihändigen Ankauf von Aktien angewendet worden, welcher von stark in Verlust gerathenen Aktiengesellschaften zum Zweck der Reduktion des Grundkapitals unter Beobachtung der dafür gesetzlich vorgeschriebenen Kautelen beschlossen wird. Derartige Operationen fallen jedoch nicht unter den Begriff der Amortisation, sondern unter den Begriff der theilweisen Zurückzahlung des Grundkapitals und sind nach den dafür geltenden Grundsätzen zu behandeln.[15a]) Dasselbe gilt von dem gleichfalls in neuerer Zeit üblich gewordenen Modus der Herabsetzung des Grundkapitals im Wege der Abschreibung entstandenen Verlustes oder behufs Beseitigung einer auf Werthsübersetzung der Sacheinlagen beruhenden Unterbilanz.[16])

C. Der Erwerb eigener Aktien zu anderen Zwecken als denen der Amortisation und Reduktion des Grundkapitals ist der Gesellschaft absolut verboten. Durch die Vorschrift des Art. 215, Abs. 3:[17])

Die Aktiengesellschaft darf eigene Aktien nicht erwerben,

soll dem Ankauf sowohl im Interesse der Gläubiger als der bei der Verwaltung nicht betheiligten Aktionäre, wie im allgemeinen Interesse entgegengewirkt werden. Es soll namentlich die Verwendung des Geldes der Aktiengesellschaften zu Zwecken der Agiotage in eigenen Aktien verhindert werden.[18])

[15a]) Beschwerdebescheid des O.H.G. vom 4. Februar 1876 XVIII S. 423, wo der Protest der Minorität gegen einen von der Majorität gefassten Beschluss: Das voll eingezahlte Grundkapital um X Thlr. durch einen von der Direktion zu bewirkenden Rückkauf von Aktien herabzusetzen und demgemäss die Aenderung des Gesellschaftsstatutes dahin, dass das Grundkapital ein um diesen Betrag geringeres sei, zurückgewiesen und ausgeführt wurde, dass es sich hier um geschäftliche Manipulationen handle, die in ihrem Gefolge auf eine Minderung des Grundkapitals resp. auf Auszahlung von zur Ergänzung verlorenen Grundkapitals zu verwendender Summe als Dividende hinauslaufe.

[16]) Vgl. die Fälle des Beschwerdebescheides vom 19. Mai 1876 XX S. 93, wo der blosse Mehrheitsbeschluss auf Herabsetzung und entsprechende Verminderung des Aktiennominalkapitals für unzureichend erklärt wurde, weil dadurch das Sonderrecht der mit Vorzugsdividendenrecht versehenen Prioritätsaktien verletzt würde; U. vom 19. Novbr. 1878 XXIV S. 243, Wirkung der Herabsetzung des Aktienkapitals auf die Ansprüche der von der Gesellschaft ausgegebenen Obligationen; U. vom 28. Januar 1879 XXV S. 260, Herabsetzung in Verbindung mit gleichzeitiger Vermehrung des Grundkapitals durch blossen Generalversammlungsbeschluss.

[17]) Ungar. H.G.B. § 161. Die Aktiengesellschaft darf ihre eigenen Aktien weder erwerben noch in Pfand nehmen. Eine Ausnahme findet bezüglich dann statt, wenn die Erwerbung von Aktien behufs Reduktion des Kapitals geschieht, in welchem Falle die Bestimmungen des § 209 maassgebend sind. Wenn die Mitglieder der Direktion diese Bestimmungen nicht einhalten, so sind sie den Gläubigern der Gesellschaft solidarisch verhaftet.

[18]) Der Ankauf und die Beleihung der eigenen Aktien wurde von Law (Wirth, Handelskrisen 1874 S. 20, 29) gestattet, weil dadurch die Zahl der Stücke vermindert, also die Nachfrage und der Kurs erhöht würden, durch die Anleihe auch die Spekulation mit neuen Mitteln zur Fortsetzung des Börsenspiels versehen würde.

Die Untersagung ist daher keine blos instruktionelle polizeiliche Ordnungsvorschrift, deren Uebertretung nur die civilrechtliche Verantwortlichkeit der betheiligten Gesellschaftsorgane nach sich zieht, sondern die Erwerbshandlung selbst ist unwirksam.[19]) Das Verbot ergreift nur den **Erwerb:** alle Rechtshandlungen, welche verursachen, dass das Geld in eigenen Aktien angelegt wird[20]) und nicht auch die **Weiterveräusserung** die Entledigung des widerrechtlich angekauften Aktienmaterials.[21])

Alle Herabminderungen der Beitrags- und Haftpflicht unter das durch das Gesetz umschriebene Maass sind für alle Gläubiger und Aktionäre, welche sich nicht ausdrücklich damit einverstanden erklärt haben, unverbindlich. Die Schutzmittel, durch welche Ueberschreitungen entgegengewirkt und zugleich erreicht werden soll, dass die nachgelassenen Ausnahmen dem kreditgebenden Publikum möglichst unschädlich werden, sind a. die für alle Ueberschreitungen eintretende persönliche Regresspflicht der Mitglieder der Gesellschaftsorgane (§ 122), b. die für die Vertheilung des Gesellschaftsvermögens vorgeschriebenen Kautelen des Art. 248, c. andere nicht unter den Begriff der Herabsetzung und Rückzahlung des Grundkapitals im engeren Sinne fallenden Abschwächungen (Bauzinsen, Liberation der mit 40 Prozent eingezahlten Inhaberaktien) sind unter das Gebot der Publizität gestellt, während der Umfang der vorgekommenen Kaduzirungen sowie der Ausfälle an insolventen Zeichnungen und der Entlassung einzelner Zeichner von Namenaktien sich der öffentlichen Kognition entziehen, d. die unter den Begriff der Herabsetzung und Rückzahlung des Grundkapitals fallenden Verminderungen müssen zugleich zur Verhütung von Täuschungen des Publikums auf den cirkulirenden Aktienbriefen erkenntlich gemacht werden, sei es durch Veränderung des Nominalbetrages des Aktienpapiers oder durch Verminderung der Zahl der Aktien im Wege der Zusammenlegung, während alle anderen Veränderungen der Kreditbasis dem Verbot des Art. 207 a, „der No-

---

[19]) O.H.G. vom 7. Mai 1875 XVIII 386. — Die im Urth. vom 13. Oktober 1873 III 332 dem Verbot nicht beigelegte rückwirkende Kraft tritt mit der Natur des Verbots als einer absoluten Rechtsregel nicht in Widerspruch. Vgl. Savigny, System VIII S. 436. — Durch Urth. vom 20. Oktober 1877 XXIII 273 ist die Anfechtung des Generalversammlungsbeschlusses, betreffend den Ankauf eigener Aktien, zurückgewiesen worden, weil die angekauften Aktien ohne Schaden der Gesellschaft wieder veräussert waren.

[20]) Nicht Anwendbarkeit des Verbots auf Reportgeschäfte in eigene Aktien ist im Urth. des O.H.G. vom 13. Juni 1876 XXII S. 191 angenommen; auch für den der Entscheidung vom 7. Mai 1875 XVII 382 zu Grunde liegenden Fall, wo eine Bank einen Kunden eigene Aktien unter der Garantie einer Jahresdividende von 15 Prozent und dem Versprechen die Aktien binnen Jahresfrist zu dem gleichen Kurse zurückzunehmen verkauft hatte. Das Geschäft wurde nur wegen der unzulässigen Dividendengarantie für nicht wirksam erachtet.

[21]) z. B. Bezahlung von Lieferungen durch Hingabe eigener Aktien an Zahlungsstatt wie in dem durch Urth. vom 18. November 1875 XIX S. 50 entschiedenen Falle. Vgl. auch Urth. vom 13. Oktober 1871 bei Stegemann Rechtsprechung IV 95 vom 13. Juni 1876, Beilage zu Busch, Archiv XXXIII Nr. 3 und vom 7. Mai 1875 erwähnt von Goldschmidt in d. Zeitschr. f. Handelsr. XXI S. 10.

minalbetrag der Aktien oder Aktienantheile darf während des Bestehens der Gesellschaft weder vermindert noch erhöht werden", unterliegen.[22])

Beitragspflicht und Haftpflicht des Aktionärs sind auseinander zu halten. Die Beitragspflicht entspringt aus dem Sozietätsvertrage. Der damit belastete Aktionär übernimmt die Pflicht, den Gegenstand der Einlage in das Miteigenthum seiner Genossen zu bringen. Das berechtigte Subjekt ist der Verband der Mitaktionäre, so dass die Leistung der Einlage nur von allen zusammen gefordert und nur an alle zusammen geleistet werden darf. Antheilige Leistung der Einlage an einzelne der Mitinhaber des Forderungsrechts befreit den Aktionär nicht; ebenso ist damit die Kompensation zwischen der Verbandsforderung auf Leistung der Einlage und Gegenansprüchen, welche der Aktionär gegen Einzelne der Gesellschaftsmitglieder hat, ausgeschlossen. Die Beitragspflicht steht durchweg wie alle anderen Rechte und Pflichten des Aktionärs unter der Norm des Vertrages. Die exceptio non impleti contractus gilt für und wider den Aktionär. Er muss die Einlage vorleisten und im Fall der Weigerung der Erfüllung können ihm die den Gegenwerth der Einlage bildenden Rechte (Aushändigung der statutenmässigen Aktienbriefe, Stimmrecht, Auszahlung der Dividende § 127) verschränkt werden.[23]) Andererseits kann auch der in seinen Sonderrechten (Verweigerung der Aushändigung der geforderten Aktienbriefe, Schmälerung des Dividendenrechts, Nichteinhaltung der im Statut kategorisch vorgeschriebenen Zahlungsfristen) verletzte Aktionär sich durch Hinweisung auf den Vertrag schützen, sowie auch mit fälligen Gegenforderungen, welche ihm gegen das berechtigte Subjekt zustehen, wie z. B. wegen rückständigen Dividenden oder Aufsichtsraths-Tantièmen kompensiren.

Die Gesellschaftsgläubiger haben kein selbständiges Recht auf die Einlage des Aktionärs, wohl aber ein selbständiges Klagerecht gegen den Einzelaktionär. Der Vorstand ist nur das Erwerbsinstrument der Gesammtheit seiner Machtgeber. Alle durch ihn oder sonst für die Gesellschaft kontrahirten Verbindlichkeiten werden unmittelbar an die Person der zur Zeit der Entstehung der Schuld vorhandenen Aktionäre, aber nur nach dem System der Kollektivpflichten, also so angeknüpft, dass sich jeder nur in Gemeinschaft mit allen übrigen zur Erfüllung verpflichtet. Jeder promittirt für seine Person, dass er die Schuld in Gemeinschaft mit den übrigen Mitaktionären aus dem gemeinschaftlich zusammen geschlossenen Fonds tilgen, und dass er zu diesem Fonds den in dem Gesellschaftsvertrage (Zeichnung) bestimmt begrenzten Beitrag aus seinem Vermögen hergeben wolle. Durch die Publizität der Aktiengesellschaft ist der Gläubiger in die Lage versetzt, die ihm offerirte Kreditbasis prüfen zu können. Durch die

---

[22]) Vgl. Gutachten des R.O.G. über das Gesetz, betreffend die Umwandlung von Aktien in Reichswährung, Zeitschr. f. Handelsr. XXI S. 442, 443, 449.

[23]) Vgl. das englische Musterstatut der durch Aktien limitirten Kompagnien Satz 47: „Kein Mitglied soll in einer Generalversammlung zu stimmen berechtigt sein, wenn nicht alle seinerseits schuldigen Einzahlungen geleistet sind." Satz 10: „Die Gesellschaft darf die Registrirung einer Aktienübertragung, die von einem ihr verschuldeten Mitgliede vorgenommen ist, ablehnen."

Annahme der Promesse unterwirft er sich den darin liegenden Einschränkungen seines Rechts, sowie er andererseits in dem Vorstande der Gesellschaft und dem von jeder fremden Konkurrenz befreiten Gesellschaftsvermögen die Vortheile eines bequem erreichbaren Prozessgegners und eines gesicherten Exekutionsobjektes erhält. Die Eigenthümlichkeiten der auf dieser Grundlage zwischen Gesellschaftsgläubiger und Aktionär geschaffenen Obligation sind: 1. Das Klag- und Exekutionsrecht gegen die Person und das Sondervermögen der Schuldner ist während der Dauer der Organisation der Gemeinschaft suspendirt; dem Gläubiger ist nur die Klage gegen die Gesammtheit seiner Schuldner (Gesellschaft als solche vertreten durch den Vorstand) gestattet, und ebenso ist die Exekution nur gegen den von der Gesammtheit der Schuldner zusammengebrachten Fonds (das äussere Gesellschaftsvermögen § 123) zu richten. Der Gläubiger ist weder befugt die ausstehenden Einlagen aus eigenem Recht einzuziehen noch die Generalversammlung bez. den Vorstand zur Einziehung zu zwingen (§ 123). Der Aktionär promittirt nicht die Leistung der Einlage mit an den Gläubiger, sondern nur zur Gesellschaftskasse, wozu es der Mitwirkung seiner und der übrigen Genossen bedarf. Dem Gläubiger kann auch nicht die Befugniss zugesprochen werden, mit der abgeleiteten Klage der Gesellschaft gegen den Zeichner auf Einzahlung zu dringen oder sich diesen Anspruch im Wege der Exekution, oder des Arrestes überweisen zu lassen, weil dadurch die bedenklichsten Störungen des Geschäftsbetriebes provozirt würden und zwar regelmässig ohne praktischen Nutzen [24]) für den Gläubiger, der ja bei dieser Klage nicht nur alle Einwendungen aus dem Gesellschaftsverhältniss zu gewärtigen, sondern auch nur durchdringen kann, wenn er die entsprechende Gegenleistung der Gesellschaft auf Aushändigung von Aktienbriefen erfüllt und zugleich den Aktionär dagegen sicher stellt, dass die in dem Statut an die nicht pünktliche Leistung zur Gesellschaftskasse geknüpften Rechtsfolgen, wie z. B. die Kaduzirung, nicht eintreten werden. [25]) Dem Gläubiger, zu dessen Befriedigung das äussere Ge-

---

[24]) Das belgische Recht Art. 123 des Gesetzes vom 18. Mai 1873 hat dem Gläubiger die abgeleitete Klage gegen den Zeichner zugesprochen, zugleich aber wegen der möglichen Einwendungen gegen diese Klage die Gerichte ermächtigt, auf Antrag von Gläubigern die Ausschreibung von Einzahlungen im Interesse der Gläubiger anzuordnen. Vgl. Sachs in dem Beilageheft zu Bd. XXI d. Zeitschr. für das gesammte Handelsr. S. 198 und Wiener in derselben Zeitschr. Bd. XXIV S. 21.

[25]) Aus diesem Grunde hat der Pariser Kassationshof v. 13. November 1877 eine Beschlagnahme kassirt, welche von Gläubigern einer Aktiengesellschaft auf die ausstehenden Einlagen einiger solventer Zeichner ausgebracht war. Die Zeichner hatten trotz der Beschlagnahme an die Aktiengesellschaft gezahlt, weil im Statut bestimmt war, dass die Aktien Mangels pünktlicher Zahlung kaduzirt würden; es wurde angenommen, dass die Zeichner deshalb an die Gläubiger nur zu zahlen verpflichtet gewesen sein würden gegen Auslieferung der Aktie oder gegen Sicherheit dafür, dass die Gesellschaft dem Zeichner die Aktien liefern werde, obwohl die Zahlung nicht an die Gesellschaft, sondern an den Gesellschaftsgläubiger geschehen sei. — Verschieden davon ist der Arrest, welchen der Gesellschaftsgläubiger gegen die Gesellschaft als solche (vgl. O.H.G. Lübeck vom 30. Dezember 1857, Zeitschr. f. Handelsr. VIII S. 607), oder welche ein Privatgläubiger

sellschaftsvermögen nicht ausreicht, und welchem die Heranziehung des inneren Gesellschaftsvermögens zur Gesellschaftskasse verweigert wird, ist darum nicht rechtlos. Er hat das wirksame Mittel, die ihn rechtswidrig hemmende Organisation durch Antrag auf Konkurseröffnung zu brechen und auf diesem Wege durch Intervention des Staates zu seinem Recht zu gelangen (§ 128. 130).

Die zweite Eigenthümlichkeit des Klagrechts des Gesellschaftsgläubigers hat einen materiellen Gehalt. Dem Gläubiger wird nicht versprochen, dass er unter allen Umständen aus dem Vermögen seiner Schuldner Befriedigung erhalten solle, sondern jeder obligirt nur einen ganz begrenzten Theil seines Vermögens, so zwar, dass er frei wird, so bald er dieses Opfer gebracht hat. Jeder promittirt ferner nicht, dass dieser Beitrag auch wirklich zur Befriedigung des Gläubigers verwendet werden solle, sondern die Promesse geht nur dahin, dass dieser Beitrag in die Gesellschaftskasse fliessen solle, um dort für die Bedürfnisse des Unternehmens parat gestellt zu sein. Vermöge der Beschränkungen der gesetzlichen Beitragspflicht promittirt der Einzelaktionär endlich nicht, dass er wirklich unter allen Umständen um den Betrag der gezeichneten Einlage ärmer werden wolle, sondern nur, dass er der Beitragspflicht innerhalb der gesetzlich vorgeschriebenen Grenzen genügen werde. Die Befreiungen, welche die Gesellschaft dem Aktionär gesetzlich bewilligen kann, muss auch der Gläubiger gegen sich gelten lassen. Sowie das Unternehmen fortdauern kann, wenn auch alle Aktionäre insolvent sind, so kann es vorkommen, dass Gläubiger einer Aktiengesellschaft, die aus lauter solventen Theilnehmern besteht, leer ausgehen.

Während der Dauer der Organisation kommt somit die Frage wegen Erfüllung der Beitragspflicht im Verhältniss zwischen Gläubiger und Aktionär nicht zur Sprache. Ebenso tritt der obligatorische Nexus zwischen Gläubiger und Aktionär völlig in Hintergrund. Diese Situation ändert sich erst,[26]) wenn die, den Gläubiger zugleich schützende und hemmende, Organisation nicht mehr besteht, alsdann tritt das Recht des Gläubigers gegen den Einzelaktionär zu Tage und es äussert seine praktische Wirkung dahin, dass der Aktionär, der seine Beitragspflicht in dem gesetzlich vorgeschriebenen Umfange noch nicht erfüllt hat, das fehlende zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger auf deren direkte Klage hergeben muss. Die deutsche Doktrin verneint zum Theil das selbständige Klagerecht des Gläubigers, ohne indess die praktischen wesentlich nur im Konkurse der Gesellschaft hervortretenden Konsequenzen abzulehnen[27]) (§ 136).

---

des Aktionärs auf dessen Antheil an der Gesellschaft extrahiren kann (vgl. Preuss. Allgemeine Ger.Ordnung I Tit. 129 § 19 und Zeitschr. f. Handelsr. VI 616).

[26]) Reyscher über das Verhältniss der Aktionäre zu den Gläubigern der Aktiengesellschaft in d. Zeitschr. f. deutsch. Recht Bd. 13 S. 387. — Jolly in ders. Zeitschr. Bd. 11 S. 435, 444.

[27]) Vgl. Entsch. d. O.H.G. Bd. XIX S. 227, XX S. 270, XXII S. 373. — Die französische Doktrin erkennt das selbständige Klagerecht des Gläubigers an; vgl. Troplong, Contrat de Société Bd. I S. 433, Bd. II S. 309 ff. Wiener in d. Zeitschr. f. Handelsr. XXIV S. 14—21.

§ 125.

7. Die Bilanz und die Dividende.[1])

Gegenüber dem schwer wiegenden, wenn auch nicht zu vermeidenden Privilegium, dass die Aktiengesellschaften schon nach jedem Geschäftsjahre auf Grund der in vielen Punkten auf unsicherer Schätzung beruhenden Bilanzen den Gewinn berechnen und auszahlen dürfen, obgleich erst am Schluss des Unternehmens mit Wahrheit ermittelt werden kann, ob der Geschäftsbetrieb der Gesellschaft Gewinn oder Verlust ergeben habe,[2]) ist die Sorge des Gesetzes darauf gerichtet, dass der jährlich dem Gesellschaftsvermögen geschlagene Aderlass innerhalb gewisser, für den Kredit der Aktiengesellschaft unentbehrlichen Grenzen gebannt bleibt.

I. Der oberste Gesichtspunkt ist, dass das Gesellschafsvermögen so lange ungeschwächt zusammen bleiben muss, bis der Einklang zwischen dem Werth des Vermögens und der Ziffer des Grundkapitals hergestellt ist.

Artikel 217.

Es darf nur dasjenige unter die Aktionäre vertheilt werden, was sich nach der jährlichen Bilanz und wenn im Gesellschaftsvertrage die Innehaltung eines Reservekapitals bestimmt ist, nach Abzug desselben als reiner Ueberschuss über die volle Einlage ergiebt. Die Aktionäre können bis zur Wiedererlangung des durch Verlust verminderten Gesammtbetrages der Einlage Dividenden nicht beziehen.

Der Aktionär hat kein Sonderrecht auf die Erträgnisse der einzelnen Betriebsperioden, sondern nur das problematische Recht auf Vertheilung des Ueberschusses zwischen dem Soll und Haben des Unternehmens, wenn ein solches am Schluss eines Geschäftsjahres vorhanden sein sollte.[3])

Eine zweite Beschränkung ist, dass die Gewinnsvertheilung nur alljährlich stattfinden darf. Die vor Einführung des H.G.B. durch die Rücksichtnahme auf die kleinen, an halbjährliche Rentenbezüge gewöhnten Rentiers üblich gewesene Einrichtung, dass unter der Benennung Zinsen halbjährliche Abschlagszahlungen auf die erwartete Dividende geleistet wurden, ist jetzt nicht mehr zulässig. Dieses Verbot ergreift jedoch nicht die garantirten Dividenden (§ 123). Die jährlich garantirten Beträge werden in der Regel halbjährlich zu bestimmten Zeiten als Zinsen ausgezahlt, während der erzielte Reingewinn als Superdividende (Bonus) zur Vertheilung gebracht wird.[4]) So wird auch mit

---

[1]) Grünhut, Das Recht auf Dividende in dessen Zeitschr. Bd. I S. 375 f.

[2]) Nürnberger Konferenzen S. 1054, 1055. Motive zu der Novelle von 1870. Reichstag des Norddeutschen Bundes I. Legislatur-Periode Drucksachen Nr. 158 S. 28.

[3]) Vgl. über die Konstruktion der Dividende als einer auf dem gesammten Reingewinn ruhenden Last, Wiener in d. Zeitschr. f. Handelsr. XXIII S. 335 f.

[4]) Die mit solchen Dividendenverbürgungen versehenen Gesellschaften pflegen den Stammaktien pro Jahr zwei Kupons beizugeben, indem der Eine zur Erhebung der Hälfte der garantirten Minimaldividende berechtigt, während der Zweite das Recht zur

den sog. Bauzinsen operirt. Wenn Bauzinsen anders als für die im Verbot fixirte Bauzeit vertheilt werden, so ist dies ein Verstoss wider Art. 217: „Zinsen von bestimmter Höhe dürfen für die Aktionäre nicht ausbedungen noch ausgezahlt werden."

Die Dividende darf nur in Geld vertheilt werden. Der in der Bilanz herausgerechnete Ueberschuss zwischen Aktivis und Passivis ist daher nicht schlechthin, sondern nur unter der Voraussetzung vertheilungsfähig, dass er ohne Schädigung des Stammvermögens versilbert werden kann, so dass Vertheilungen eines bilanzmässig herausgerechneten Ueberschusses unzulässig sind, soweit durch die Versilberung der Werth des Gesellschaftsvermögens unter die Ziffer des Grundkapitals herabgemindert würde. Die Aufnahme von Anleihen zum Zwecke der Auszahlung der Dividende als Surrogat der Versilberung der disponiblen überschiessenden Werthe (Waarenbestände, Hypotheken, ausstehenden fälligen Forderungen u. s. w.) ist eine bedenkliche Massregel, wenn die Versilberung später nicht zu entsprechenden Preisen gelingt und damit nicht den zur Deckung der Anleihe erforderlichen Betrag in das Vermögen zurückbringt. Es ist dann in Wahrheit ein nicht verdienter Reingewinn vertheilt worden. Der nicht versilberungsfähige Ueberschuss verbleibt im Gesellschaftsvermögen und gelangt erst im nächsten Jahr zur Vertheilung, so dass dem Einzelaktionär ein Sonderrecht: zu verlangen, dass dergleichen Bestände um jeden Preis losgeschlagen oder auf Separatkonto gebracht werden, um später zeitgemäss verkauft und unter die Dividendenscheine der betreffenden Zeichner ihrem Ermessen nach vertheilt zu werden, nicht zuzuerkennen ist.[5])

Festsetzung (Erklärung) der Dividende und Auszahlung der Dividende sind zeitlich von einander getrennte Akte, die beide mit dem Schluss des Geschäftsjahres nicht zusammenfallen, weil der Festsetzung der Dividende die Genehmigung der Bilanz und der von dem Aufsichtsrath gemachten Vorschläge zur Gewinnvertheilung durch die Generalversammlung vorhergehen muss. Die Anfertigung der Bilanz erfolgt unter Verantwortlichkeit des Vorstandes und gelangt erst zur Generalversammlung nach ihrer dem Aufsichtsrath zur Pflicht gemachten Prüfung, so dass in der Regel mehrere Monate nach Abschluss des Geschäftsjahres vergehen, ehe es zur ordnungsmässigen Festsetzung der Dividende kommt. Das Gesetz legt deshalb dem Vorstand nur die Pflicht auf, die Bilanz des verflossenen Geschäftsjahres in den ersten sechs Monaten des darauf folgenden Geschäftsjahres[6]) den Aktionären vorzulegen und in der statutenmässigen Weise zu ver-

---

Erhebung der zweiten Hälfte und der etwaigen Superdividende gewährt; vgl. Entsch. d. O.H.G. X S. 307.

[5]) Anders Keyssner, H.G.B. Not. 13 zu Art. 239a; vgl. auch Erk. R.O.H. vom 13. Februar 1877, Deutsch. Jur.-Zeit. 1877 Nr. 29.

[6]) Im Art. 249 H.G.B. ist den Landesgesetzen vorbehalten zu bestimmen, ob für besondere Arten von Aktiengesellschaften oder in besonderen Fällen durch den Gesellschaftsvertrag mit staatlicher Genehmigung die im Art. 239 bestimmte Frist zur Verlegung der Bilanz bis auf 12 Monate seit Ablauf des Geschäftsjahres ausgedehnt werden dürfe. Von diesem Vorbehalt ist in den Einführungsgesetzen für Bremen § 26, Hamburg

öffentlichen (Art. 239). Nach erfolgter Festsetzung oder Erklärung der Dividende ist zur Bestimmung des Zahlungstermines und der Zahlstellen zu schreiten. Die Ausscheidung der Dividendenmasse aus dem Gesellschaftsvermögen vollzieht sich erst in dem Zeitpunkte, wo das Eigenthum an den Geldstücken von der Gesellschaft aufgegeben und auf die Aktionäre übergegangen ist, worüber die allgemeinen Grundsätze entscheiden. Bis zu diesem Zeitpunkt bleibt das Dividendum integrirender Antheil des Gesellschaftsvermögens und ist dessen Schicksalen: Verlust, Beschlagnahmen durch Gläubiger, sowie dem Gesellschaftskonkurse unterworfen. Der Vollzug der Vertheilung des gehörig und richtig berechneten versilberten Ueberschusses des verflossenen Geschäftsjahres ist daher auch noch an die weitere Bedingung geknüpft, dass sich inzwischen die Verhältnisse nicht verschlechtert haben, dass also durch die Auszahlung der Dividende eine Verminderung des Gesellschaftsvermögens unter den gesetzlichen Stand nicht herbeigeführt wird. Insoweit dies der Fall, muss die Vertheilung ganz oder theilweise unterbleiben. Die Konkurseröffnung [7]) über die Gesellschaft ergreift selbst alle im Zustand der Solvenz von der Gesellschaft zur Zahlung angewiesenen, aber noch nicht abgehobenen Dividenden, wenn solche nicht durch ein besonderes Rechtsgeschäft, wie Depositum oder Darlehn von dem bezugsberechtigten Aktionär der Gesellschaft kreditirt und damit aus dem Eigenthum der Gesellschaft in das Eigenthum des Aktionärs übergegangen sind.

Die im Zustand der Insolvenz oder in Herabdrückung des Gesellschaftsvermögens unter die Grundkapitalsziffer vertheilten Dividenden werden fiktive Dividenden genannt. Der Vorgang kann verursacht sein: durch Irrthümer (absichtliche oder unabsichtliche) der Bilanz oder durch Veränderung der Umstände zwischen Bilanz und Auszahlung der Dividende.

Der Einzelaktionär ist in die Geheimnisse der Verwaltung nicht eingeweiht, ihm steht die Einsicht der Bücher und Papiere nicht zu. Er ist bei der Entscheidung über Bilanz und Gewinnvorschläge lediglich auf den sog. Geschäftsbericht, auf die von dem Aufsichtsrath und Vorstand über die Lage der Geschäfte gemäss Art. 249 Ziff. 3 zu machenden Mittheilungen angewiesen. Es liegt daher eine gewisse, zugleich von der Betheiligung von Aktiengesellschaften abschreckende Härte darin, wenn der Aktionär in allen Fällen zur Restitution von fiktiven Dividenden gezwungen sein sollte. Das Gesetz bewilligt daher durch

Artikel 218.

> Der Aktionär ist in keinem Falle verpflichtet, die im guten Glauben empfangenen Zinsen und Dividenden zurückzugeben,

dem gutgläubigen Aktionär das Privilegium des Behaltens der gezogenen fiktiven Dividende. Wer bis zur Empfangnahme von Bauzinsen und Dividenden in der

§ 26, Hannover § 24, Hessen § 16, Mecklenburg-Schwerin und Strelitz § 29 Gebrauch gemacht. Durch die Novelle von 1870 ist der Art. 249 und damit der Vorbehalt aufgehoben dergestalt, dass die in den betreffenden Staaten vor der Gesetzeskraft der Novelle ertheilten Fristerstreckungen stehen bleiben, fernerhin aber landesgesetzlich nicht mehr ertheilt werden dürfen.

[7]) Vgl. den Fall in Note 5.

redlichen Ueberzeugung war, dass er bei Festsetzung und Aneignung der betreffenden Bezüge kein materielles Unrecht begehe, ist gegen die Restitution selbst im Konkursfall geschützt. Nicht gesichert also ist der Aktionär, der zwar zur Zeit der Feststellung, aber nicht mehr bei dem Empfange gutgläubig war, und nicht gesichert gegen die Einrede des fiktiven Gewinns ist derjenige, welcher die Bezüge noch nicht erhoben hat und zwar dieser ohne Rücksicht auf seinen guten oder bösen Glauben. Erst durch die Empfangnahme ist der periodische Gewinn, den eine richtige Bilanz ergiebt, dem Aktionär definitiv erworben. [8])

II. Die Grundlage des Dividendenwerks ist eine richtige, der objektiven Geschäftslage entsprechende Bilanz. [9]) Die Bilanzen der Privatgeschäfte haben wesentlich den Zweck der Information für die Geschäftseigner, bei der Aktiengesellschaft tritt das Interesse der Gläubiger hinzu, weil die herausgegangenen Gewinnantheile den gutgläubigen Aktionären verbleiben. Die Aktiengesellschaftsbilanz wird ausserdem veröffentlicht und bildet die Grundlage der Prüfung für das Aktien kaufende Publikum. Es muss daher bei Anfertigung der Bilanz besonders sorgfältig und objektiv verfahren werden. Auch ist die Forderung der Durchsichtigkeit [10]) zu stellen, weil die Bilanzen nicht blos für die Eingeweihten, sondern zur Orientirung des grossen Publikums bestimmt sind.

Das Gesetz beschränkt sich auf einige im Art. 239 a gegebenen Anweisungen:

Für die Aufstellung der Bilanz sind folgende Vorschriften massgebend:

1. Kurshabende Papiere dürfen höchstens zu dem Kurswerthe, welchen dieselben zur Zeit der Bilanzaufstellung haben, angesetzt werden;

2. die Kosten der Organisation und Verwaltung dürfen nicht unter die Aktiva aufgeführt werden, müssen vielmehr ihrem vollen Betrage nach in der Jahresrechnung als Ausgabe erscheinen;

3. der Betrag des Grundkapitals und des etwa im Gesellschaftsvertrage vorgeschriebenen Reserve- oder Erneuerungsfonds ist unter die Passiva aufzunehmen;

4. der aus der Vergleichung sämmtlicher Aktiva und sämmtlicher Passiva sich ergebende Gewinn oder Verlust muss am Schlusse der Bilanz angegeben werden.

---

[8]) O.H.G. vom 10. September 1875 XVIII 153: Die Dividende war von der Generalversammlung für das Geschäftsjahr von Johanni 1872 bis dahin 1873 festgesetzt, vor Auszahlung der Dividende gerieth die Gesellschaft in Konkurs und hierbei wurde konstatirt, dass im November 1873, wo die Dividende ausgezahlt werden sollte, nicht mehr Gewinn, sondern Unterbilanz vorhanden war. Die von Aktionären und Dividendenscheininhabern erhobenen Ansprüche wegen der fälligen Dividende gleich den andern Gesellschaftsgläubigern im Konkurse lokirt zu werden, wurden zurückgewiesen.

[9]) Keyssner in Busch, Archiv XXXII 99—145 über Aktienzinsen, Dividenden, Bauzinsen, Bilanz und dessen Schrift. (Berlin 1872) S. 26 über Bilanz, Erneuerungsfonds u. s. w.; Löwenfeld, Das Recht der Aktiengesellschaft (1879) S. 409—506 über Ermittelung und Verwendung des Reingewinns.

[10]) Vgl. über diesen häufig hervortretenden Mangel der Durchsichtigkeit den Aufsatz von Julius Basch im deutschen Handelsblatt pro 1879, wo die Bilanzen der deutschen Banken im Jahre 1878 beleuchtet sind.

1. Die Ziffer drei enthält die konsequente Durchführung des Grunddogmas: kein Gewinn ohne Herstellung des Gleichgewichts zwischen Grundkapital und Gesellschaftsvermögen. Ist das Grundkapital voll eingezahlt oder voll durch Sacheinlagen belegt, so ist es in seiner vollen Höhe als Passivum aufzuführen. Sind die Einlagen nur zum Theil eingerufen, zum Theil noch ausstehend, so bildet nur der eingerufene Theil des Grundkapitals das „Soll“, dem das „Haben“ entsprechen muss; nur dieser Betrag des Grundkapitals ist in die Passivkolonne zu stellen. Man kann aber auch [11]) das gesammte Grundkapital auf die Passivseite einstellen und zur rechnungsmässigen Ausgleichung die noch nicht eingerufenen Beträge als Aktiva einrücken. Das praktische Resultat ist dasselbe, aber die rechtliche Natur der Einlage als Bestand des inneren und nicht des äusseren Gesellschaftsvermögens wird dadurch verdunkelt. Bei Kapitalsreduktionen muss das volle Grundkapital bis zur Perfektion des Reduktionsbeschlusses unverkürzt auf der Passivseite erscheinen, so dass nur der bei Abzug desselben auf der Aktivseite sich ergebende Ueberschuss vertheilungsfähiger Gewinn ist. [12])

2. Die Kosten der Organisation und Verwaltung sollen nicht als Aktiva in die Bilanz genommen und nicht allmählich abgeschrieben werden, sie sind als Ausgaben zu buchen soweit sie bezahlt, und als Passiva soweit sie noch zur Zeit der Bilanz rückständig.

Die Motive der Novelle von 1870 besagen hierüber:

„Die Organisationskosten der Aktiengesellschaften sind häufig ohne alle Beschränkung nicht als Ausgaben, sondern als Aktiva betrachtet, um als solche in der Jahresrechnung, sowie in der Bilanz aufgeführt zu werden. Nur etwa eine allmähliche Minderung und Beseitigung derselben ist dann vorgesehen. Dies ist in Preussen [13]) seit längerer Zeit für unzulässig erklärt worden, weil die Organisationskosten kein wirkliches Aktivum darstellen. Der in Gang gebrachte Betrieb hat zuvor seine Bedeutung, allein diesen nach einem bestimmten Werthe abzumessen, dafür fehlt es umsomehr an einem Maassstabe, als der Werth nicht sowohl von dem Geschäftsbetriebe für sich, als vielmehr von dem Resultate desselben abhängig ist. Gestaltet sich das Geschäft schlecht, so sind die Ausgaben nutzlos gemacht und selbst, wenn es einen günstigen Verlauf nimmt, lässt sich ein bestimmter reeller Werth für dieselben nicht annehmen. Aehnlich verhält es sich mit den Verwaltungskosten.“

---

[11]) Thöl, Handelsr. I S. 592 und überwiegend im Verkehr, vgl. auch die Entscheidung des O.H.G. vom 8. September 1876; Lippold in Busch, Archiv XXX 242 und Keyssner, H.G.B. Not. 4 zu Art. 239 a.

[12]) O.H.G. vom 8. Februar 1876 XVIII 426: „Bei Nichtinnehaltung dieser Vorschriften haften Vorstand und Aufsichtsrath entsprechend Art. 245 und 225 O.H.G.B. den Gesellschaftsgläubigern nicht blos bis zum Betrage der für die Aktienzeichnung verwendeten Summen, sondern auch in Höhe der vermöge unrichtiger Bilanzirung über den wirklichen Gewinnbetrag hinaus als vertheilungsfähige Dividende eingezahlten Beträge.“

[13]) Ungar. H.G.B. § 199 gestattet, dass von den Kosten der ersten Organisation so viel unter die Aktiva aufgenommen werden darf, als bei einer Vertheilung derselben auf höchstens fünf Jahre nach dem betreffenden Geschäftsjahr übrig bleibt.

Zu den Organisationskosten im Gegensatz zu den Gründungskosten gehören nur die Kosten für die Ingangsetzung des Betriebes und für dessen Vorbereitung, z. B. für die Anknüpfung von dem Geschäftsbetrieb, zu Gute kommenden Verkehrsbeziehungen und bei Eisenbahngesellschaften diejenigen sog. Generalkosten, welche, wenn nicht schon vorher gemacht, die Gesellschaft behufs Bauausführung selbst machen müsste, wie für die Vorarbeiten, Trazirungen u. s. w., auch die Kosten und Aufwendungen behufs Erfüllung der Förmlichkeiten, von welchen das Gesetz die Registrirung abhängig macht (XX, S. 217. 218).

3. Im Uebrigen kommen die allgemeinen für die Aufmachung von Bilanzen geltenden, rechtlichen, rechnungsmässigen und wirthschaftlichen Grundsätze zur Anwendung. Die Hauptsache ist die richtige Abwägung der gegenwärtigen und zukünftigen Bedürfnisse des Unternehmens mit den gegenwärtigen und zukünftigen Mitteln des Unternehmens, wobei den ausstehenden Einlagen als Garantie- und Reservekapital Rechnung zu tragen ist. So lange letzteres realisirbar, ist die Gesellschaft nicht für insolvent zu erachten, weil sie in den einzuziehenden Beiträgen der Aktionäre das Mittel besitzt, um nach Verlust des äusseren Gesellschaftsvermögens (z. B. des Prämienfonds) die Gläubiger (die Versicherten) zu befriedigen.

Die gesetzliche Norm für die Abschätzung der Aktiva und Passiva ist im Artikel 31 gegeben.

> Bei der Aufnahme des Inventars und der Bilanz sind sämmtliche Vermögensstücke und Forderungen nach dem Werth anzusetzen, welcher ihnen zur Zeit der Aufnahme beizulegen ist. Zweifelhafte [14]) Forderungen sind nach ihrem wahrscheinlichen Werth einzusetzen, uneinbringliche Forderungen aber abzuschreiben.

Alle einzelnen Aktiv- und Passivposten, aus welchen sich das Vermögen zusammensetzt, sind zu dem allgemeinen Verkehrswerth, den sie in demjenigen Zeitpunkte, für welchen die Bilanz aufgenommen wird, besitzen, einzustellen, im Gegensatz zu einem nur auf willkürliches subjektives Ermessen oder auf blosse Spekulationen zurückzuführenden Werthanschlage. Bei der Ermittelung und Feststellung der einzelnen Werthe ist jedoch derjenige Einfluss unberücksichtigt zu lassen, welchen eine Liquidation auf dieselben ausüben würde. [15]) Denn wenn auch der Bilanz die Idee einer fingirten augenblicklichen allgemeinen Realisirung sämmtlicher Aktiva und Passiva zu Grunde liegt, so muss doch

---

[14]) O.H.G. vom 10. September 1878 Bd. 19 S. 326: Es ist dem Resultat gleich, ob ein solcher Abzug sofort bei Bestellung der einzelnen Forderungen gemacht wird, oder ob alle Forderungen zum Nominalbetrag angesetzt und schliesslich ein Minderbetrag der zweifelhaften Forderungen eingestellt wird. Auch das ist gleichgültig, ob der taxirte präsumtirte Minderwerth der Forderungen als definitive Abschreibung gebucht ist oder nur als Reserve. Für die betreffende Jahresbilanz ist auch die sog. Reserve eine wirkliche Abschreibung, es ist der Betrag eingestellt, welcher von gewissen Forderungen präsumtiv nicht eingehen wird, um diesen Betrag sind sie niedriger taxirt. Die Buchung lautete: Reserve für zweifelhafte Forderungen in Höhe von X, zu deren Bildung der ganze Reingewinn des Jahres als verwendet angegeben wird.

[15]) O.H.G. vom 3. Dezember 1873 XII S. 18, 19.

davon ausgegangen werden, dass in Wirklichkeit nicht die Liquidation, sondern der Fortbestand der Gesellschaft beabsichtigt wird.

4. Diese Grundsätze kommen auch bei den Industrie- und Baugesellschaften [16]) zur Anwendung, trotz der mit der Schätzung von Immobilien und Anlagen verbundenen Schwierigkeiten. Nicht die ursprünglichen Anschaffungs- und Illationspreise sind als Aktiva in die Bilanz einzustellen, sondern nur der zeitige, erforderlichen Falls durch sachverständige Taxe zu ermittelnde Werth. Die in dem Statut gemäss Artikel 209 b enthaltende Werthschätzung ist nur eine provisorische, die zur Erfüllung des Gebotes, des Nachweises der Vollzeichnung, des Grundkapitals ausreicht, aber nicht als Grundlage für die Dividendenvertheilung genügt. Die Ausgleichung von Missverhältnissen zwischen den Illations- oder Uebernahmepreisen des Statuts und dem wirklichen Werth muss, durch Aufsammlung der Erträgnisse bis zur Herstellung des Gleichgewichts zwischen dem Werth des Gesellschaftsvermögens und der ursprünglichen zu hoch gegriffenen Ziffer des Grundkapitals erfolgen.

In Betreff der Eisenbahnen hat sich indess eine abweichende Praxis gebildet: das System der Stabilen Konten, d. h. der fortdauernden Bewerthung der Eisenbahnanlagen [17]) in der Bilanz nach Maassgabe des Betrages des zum Bau und behufs Anschaffung des Betriebsmaterials emittirten Grundkapitals unter Ausgleichung der Werthabnutzung durch einen Erneuerungsfonds. Die ursprüngliche Ziffer des Grundkapitals bildet den feststehenden Posten der Passivseite und der Werthanschlag der Anlagen in derselben Ziffer den stehenden Posten der Aktivseite, ohne dass den thatsächlichen, wenn nicht etwa durch Untergang von Anlagen verursachten Differenzen zwischen Grundkapital und niederen Werthen des Gesellschaftsvermögens in der Bilanz Rechnung getragen wird. Der Reinertrag, aus welchem dem Aktionär die Dividende gezahlt wird, ist somit der Ueberschuss der Jahreseinnahme nach Abzug der laufenden Verwaltungs-Unterhaltungs-Betriebskosten, Reserve-, Erneuerungs- und Amortisationsfondsbeträge. Es sind in Wahrheit keine Vermögens-, sondern reine Betriebsbilanzen, in welche die blossen Betriebseinnahmen und Ausgaben eingestellt werden. In dem Erkenntniss des R.O.H.G. vom 9. September 1879, Bd. XXV, ist diese Praxis als der Natur der Sache entsprechend anerkannt worden. Es heisst daselbst S. 322:

> Wenn auch die Vermögensstücke nach dem Werth zur Zeit der Bilanz aufzustellen sind, so ist doch damit nicht ausgesprochen, dass nicht auf den Betrag des für die Herstellung Verwendeten bewerthet werden dürfe, was sich seiner Natur nach einer anderen Schätzung seines Zustandswerthes entzieht.

---

[16]) Löwenfeld, Aktienges. S. 413 f. über die Schwierigkeit der Bilanzen der Industrie und Baugesellschaften.

[17]) Vgl. die Sachverständigenäusserungen vor der Spezialkommission zur Untersuchung des Eisenbahnkonzessionswesens in den Drucksachen des Preuss. Abgeordnetenhauses 1873/74 III S. 1629—31, 1655—56, 1693—94, 1713—14, 1733—34, 1745—86, 1811—16; Keyssner in Busch, Archiv Bd. 32, S. 133 ff.; v. Strombeck in Busch, Archiv Bd. 37 S. 1—33 und Bd. 38 S. 15—107.

Eisenbahnen haben weder einen bestimmten schätzbaren Verkehrswerth noch einen bestimmt erkennbaren Veräusserungswerth. Dass das normirte Grundkapital zum Zweck des Baues und Betriebes einer bestimmten Eisenbahnlinie aufgenommen und verwendet werden soll, wird dem Publikum bei Entstehung einer Eisenbahngesellschaft genugsam kundgegeben. Dieses, bzw. die Gläubigerschaft ist nur daran interessirt, dass die Linie mit jenem Kapital betriebsfähig hergestellt und im Betriebe erhalten wird. Die Aufsichtsbehörde zwingt zur Erhaltung im betriebsfähigen Zustande. Desgleichen unterliegt die Normirung des Baukapitals der Prüfung und Genehmigung der Aufsichtsbehörde.

Auch die Streitfrage, ob die Bewerthung der Eisenbahnanlagen lediglich auf den Betrag des wirklich für die Anlegung verwendeten Geldes (Effektivkapitals) oder auch darüber hinaus auf den überschiessenden Betrag des Nominalkapitals, welcher behufs Deckung der Kursverluste bei der Emission zu normiren, ist im Sinne der ersteren Alternative, jedoch nur für den Fall der staatlich genehmigten Unterpariemission entschieden worden. Der Fall in dem angeführten Erkenntniss war, dass die Ausgabe von 43,800,000 Mark Prioritätsstamm Aktien zum Kurse von 68 % mit Genehmigung der Staatsregierung erfolgte. Das ursprüngliche Projekt, das Baukapital nur auf 30,600,000 Mark zum Parikurse mit 5 % Verzinsung zu normiren, wurde auf Wunsch des Konsortiums, welches die Aktien übernehmen sollte, in das Projekt, das grössere Kapital mit nur 3½ % Verzinsung, aber zum Kurse von nur 68 % auszugeben, umgewandelt und erfolgte auch, nachdem dieses Abkommen wegen der Unterpariemission dem Gericht vorgelegt worden, die Registrirung der beschlossenen Kapitalserhöhung. Der Erlös der zu 68 % emittirten Stammprioritätsaktien ergab 29,740,200 Mark und nur dieser vereinnahmte Effektivbetrag wurde als Bewerthung der dafür hergestellten Linie in der Aktivseite der Bilanz und ebenso in der Passivseite als stehende Posten aufgeführt, während die Bahnanlage selbst in der vollen Höhe von 43,800,000 Mark in der Aktivseite bewerthet war. Diese Bilanz wurde von einem Aktionär als gesetzwidrig angefochten und verlangt, dass das emittirte Kapital zu seinem vollen Nominalbetrage als Passivum zum Ansatz kommen müsse, während auf der Aktivseite es bei Bewerthung der Linie nur in Höhe des für die Emission vereinnahmten Effektivbetrages verbleiben müsse, weil die Kosten der Geldbeschaffung kein Werthobjekt für den Eisenbahnkörper bildeten. Die Klage wurde zurückgewiesen:

Die Bejahung der Frage mag im höchsten Grade bedenklich sein, wenn es sich um eine der Kenntniss der Behörde entzogene Unterpariemission handelt. Im vorliegenden Falle ist aber die Maassregel staatlich genehmigt, nur unter diesen Umständen kann auch die Aufwendung der Kursverluste als eine nützliche Verwendung für die Bahnanlage selbst angesehen werden. Es unterscheidet sich diese Aufwendung ökonomisch in nichts von denjenigen Grundkapitalsnormirungen, welche behufs Deckung der erforderlichen Bauzinsen geschehen und in Betreff deren niemals beanstandet worden ist, dass ihre Werthsbilanz in den geschaffenen Anlagen zur Erscheinung kommt. Der

ganze Zweck der genehmigten Unterpariemission, dem Aktionär eine Schadloshaltung für die Entwerthung der Aktie beim Eintritt des Unternehmens, aus der Zinsen gewährenden Bauzeit, in die zunächst ertraglose Betriebszeit zu gewähren, würde vereitelt werden, wenn aus den zu erzielenden Betriebsüberschüssen zunächst die Differenz zwischen Nominalkapital und Effektiverlös des Unterparikurses aufgespart werden müsste. Die Aktien würden dadurch so viel länger dividendenlos bleiben und der Vortheil, der bei der Unterpariemission für den Aktionär intendirt ist, dadurch wieder vereitelt werden. Bei denjenigen Dividendengarantieverträgen, welche der Staat für Anlagekapitalien von Eisenbahngesellschaften, deren Ausgabe er unter Pari ausdrücklich gestattet hat, abgeschlossen, hat er selbst offenbar die Ansetzung des Nominalbetrages der Anlagekapitalien als des Werths der fertiggestellten Anlagen als die zulässige Bilanzoperation vorausgesetzt.

III. Der Reservefonds [18]) im engeren Sinne (Reservekapital, Schadensreserve) [19]) ist der zur Deckung ausserordentlicher nicht im Voraus veranschlagbarer Ausgaben und Verluste aus jährlichen Rücklagen des Reingewinns gebildete, zwar einen integrirenden Theil des Gesellschaftsvermögens bildender, aber getrennt von demselben zu verwaltender Fonds. Die Ansammlung eines solchen Kapitals ist bei den nach Vollleistung der Einlagen ohne jeden Rückhalt dastehenden Aktiengesellschaften eine durch die Regeln der guten Haushaltung gebotene Pflicht, die in dem französischen Gesetz, vom 24. Juli 1864, auch zur Zwangspflicht erhoben ist. Nach dem englischen Normalstatut ist die Anlegung eines solchen Fonds dem Ermessen der Verwaltung anheimgestellt, „die Direktoren können, bevor sie eine Dividende empfehlen, aus dem Gewinn der Gesellschaft eine nach ihrem Ermessen geeignete Summe absondern als Reservefonds für ausserordentliche Fälle, oder um die Dividenden gleichmässig zu machen, oder um die mit dem Geschäfte der Gesellschaft verbundenen Werke, oder irgend einen Theil derselben anzubessern oder im Stand zu halten und die Direktoren können, die so als Reservefond abgesonderte Summe nach ihrer Wahl anlegen. Im weiteren Sinne wird die Bezeichnung Reservefonds auch für die sg. Dividendenreserve und den Erneuerungsfonds gebraucht.

Streng genommen müssten alle einer natürlichen Abnutzung unterworfenen Vermögensstücke bei der jährlichen Inventur jedesmal abgeschätzt und es müsste stets nur der nach Abzug dieser Werthsverminderung verbleibende Werth als Aktivum in die Bilanz eingestellt werden. Statt dieses Verfahrens ist im Verkehr das System der jährlichen nach Erfahrungsgrundsätzen berechneten Abschreibungen üblich geworden oder es werden alljährlich bestimmte Prozentsätze der Einnahmen zurückgelegt, um damit einen

---

[18]) S. Renaud, Aktienges. S. 509, 655 f., 758 f., Keyssner, Aktienges. S. 233—253.

[19]) Ueber Prämienreserven bei Lebensversicherungsgesellschaften, dem eigentlichen Geschäftskapital des Unternehmens und Prämienreserven der noch nicht verfallenen Prämien s. Malss, Zeitschr. Bd. 2 S. 230 und Reuling, Studien aus dem Gebiet des Lebensversicherungsrechts in d. Zeitschr. f. Handelsr. XV S. 326.

zur Bestreitung der Reparaturen und Neuanschaffung dienenden sg. Erneuerungs fonds anzusammeln.

Dividendenreserve heisst die Aufsparung eines Theils des Reingewinns, um in künftigen minder günstigen Zeiten eine Vertheilung aus den Ersparnissen an die Aktionäre machen zu können.

Nach dem Handelsgesetzbuch [20]) ist die Anlegung dergleichen Fonds der Autonomie der Aktionäre überlassen, es ist nur vorgeschrieben, dass, wenn dergleichen Fonds vorhanden sind, ihre Aufnahme unter den Passivis stattfinden muss, Art. 239 a, Z. 3, so dass eine Dividende erst vertheilt werden darf, nachdem die Beiträge zu diesen Fonds abgesetzt sind (Art. 217). Alle dergleichen Separatfonds sind integrirende Bestandtheile des äusseren Gesellschaftsvermögens und nehmen an dessen Schicksalen Theil, ohne dass den Gesellschaftsgläubigern besondere Rechte daran zuständen.

IV. Das aus dem Gesellschaftsvertrage fliessende Gewinnbezugsrecht des Aktionärs darf über den gesetzlich bestimmten Umfang hinaus nicht erweitert, es kann aber vertragsmässig beschränkt werden (Tantièmen am Reingewinn an die Organe und Bevollmächtigten der Gesellschaft, an Gründer Beiträge zum Amortisations-, Reserve- und Erneuerungsfond); „der Aktionär hat nur einen Anspruch auf den Reingewinn, soweit dieser nach dem Gesellschaftsvertrage zur Vertheilung unter die Aktionäre bestimmt ist (Art. 216). Mit der Erklärung oder Festsetzung der Dividende verwandelt sich das abstrakte Gewinnrecht des Aktionärs in das konkrete Dividendenrecht, in den Anspruch auf die Vertheilung des Gewinns einer bestimmten Betriebsperiode. Das Recht ist erworben, sobald von der Generalversammlung oder der vertragsmässig damit betrauten Personen (Aufsichtsrath, Revisionskommission) der Ausspruch über das Vorhandensein eines vertheilungsfähigen Ueberschusses gethan ist. Jeder Aktionär hat dann das Recht, die Auszahlung des auf seinen Aktienbesitz fallenden Theils zu begehren, so dass er, wenn damit gesäumt wird, auf Festsetzung eines Zahlungstermines durch den Richter antragen kann. (R.O.H.G. XI S. 276 vom 22. April 1873).

Ein Eingriff in das Dividendenrecht ist vorhanden, wenn entweder von dem als vertheilungsfähig erklärten Ueberschuss im Vertrage nicht vorgesehene Abzüge gemacht werden oder wenn das Dividendum durch zu hohe Bewerthung der Passivseite oder durch zu geringe Bewerthung der Aktivseite zu niedrig in der Bilanz angesetzt ist, oder wenn die Vertheilungsfähigkeit, die Versilberung des Ueberschusses zu Unrecht negirt wird, oder endlich wenn die Betheiligungsquote am Gewinn zum Nachtheil des Aktionärs geändert wird. Die Generalver-

---

[20]) Vgl. Christ, Die Rückwirkung der Gesetze im Bereich des H.G.B., Zeitschr. f. Handelsr. VI S. 439 und Motive des Preuss. Entwurfes, aus welchem Art. 217 stammt; es heisst daselbst S. 90: „ist statutenmässig die Bildung eines Reservekapitales bestimmt, so darf als Gewinn nur der nach den Jahresabschlüssen sich ergebende reine Ueberschuss nach Abzug der zu dem Reservefond innezuhaltenden Beträge vertheilt werden. Es schien angemessen dies ausdrücklich hervorzuheben und dadurch zugleich anzudeuten, dass die Gläubiger auf die Innebehaltung des Reservefonds ein Recht haben.

sammlung hat über alle Vorfragen, von welchen die Ausübung und der Umfang des Dividendenrechts abhängt, nämlich die Genehmigung der Bilanz sammt deren Faktoren und über die Vorschläge zur Gewinnvertheilung über die Versilberungsfähigkeit des Ueberschusses unter Einhaltung der im Statut bestimmten Vorschriften nicht nach freiem Ermessen, sondern nach billigen Ermessen, (arbitrium boni viri) zu entscheiden so dass gegen Willkührlichkeit die Remedur durch den Richter auf Anrufen der Minorität eintreten kann. Die Grenze des Anfechtungsrechts von in das Dividendenrecht eingreifenden Generalversammlungsbeschlüssen ist das erworbene Societätssonderrecht des Aktionärs oder der Punkt, wo er nicht mehr schuldig ist, sein Sonderinteresse dem gemeinsamen Interesse oder dem was von der Generalversammlung dafür erklärt ist, unterzuordnen. Das Recht des Aktionärs auf den antheiligen Gewinn der verflossenen Betriebsperiode ist so stark, dass er in Beziehung hierauf seinen Sonderwillen selbst dem einstimmigen Willen der Mitaktionaire gegenüber zu seinem Privatvortheile durchsetzen kann. Er ist nicht schuldig, einen Theil des ihm gebührenden Reingewinns zur Anlegung oder höheren Dotirung von Armortisations-, Erneuerungs- oder Reservefonds herzugeben. [21])

Anders steht es dagegen mit Beschlüssen, die nur geeignet sind, auf die Gestaltung des Gewinnbezugsrechts in der Zukunft einzuwirken. Hier wird zu unterscheiden sein, ob die Vertheilungsquote geändert wird, oder nicht. Im letzteren Falle steht die Rücksicht auf Erhaltung des Unternehmens und dessen stabiler Rentabilität höher als die Besorgniss des Einzelaktionärs, der sein individuelles Gemeinrecht in einer Zukunft, in der er vielleicht gar nicht mehr dem Unternehmen angehört, leiden könnte.

Von diesem Gesichtspunkte aus wird man der Generalversammlung das Recht nicht verweigern können, nach billigem Ermessen sowohl im Wege der Verwaltung, als der Statutenänderung, Beschlüsse über Einrichtung und Dotirung von Erneuerungs- und Reservefonds, soweit nicht ausdrückliche Bestimmungen des Statuts entgegenstehen zu treffen. Die Betheiligungsquote dagegen ist unentziehbar. Der Aktionair ist nicht schuldig zu dulden, z. B. dass im Fall einer Kapitalserhöhung den neuen Akten Dividendenvorzugsrechte bewilligt werden. Er wird in jedem Falle beanspruchen können, dass auch nach Ausführung des Beschlusses die Dividendenberechnung ihm gegenüber nach den früheren Verhältniss angelegt wird. Und dieses Recht wird man dem Aktionär auch für den Fall jeder Kapitalserhöhung beilegen müssen, wenn diese Operation nicht statutenmässig der Zuständigkeit der Generalversammlung überwiesen ist; denn jede Erhöhung [22]) der Ziffer des Grundkapitals bewirkt eine Antheilsveränderung

---

[21]) R.O.H.G. vom 4. Januar 1876 XIX S. 142 die Bilanz ergab eine vertheilungsfähige Dividende von 8 %, die Majorität der Generalversammlung beschloss aber, nur 4 % zu vertheilen und die anderen 4 % zu ausserordentlichen Dotationen des Reservefonds zu verwenden. — Aehnlich lag der im Urtheil v. 13. Septbr. 1873 XI S. 126 entschiedener Fall, wo beschlossen wurde, einen Theil des Dividendums nachträglich dem Reservefond als Ersatz für den im Vorjahr erlittenen Schaden gutzuschreiben.

[22]) Aber nicht die Kapitalsreduktion, weil die gleiche Minderung der Quote auch

an dem Gewinn des bisherigen Gesellschaftsvermögens und an diesem selbst, da auch die neuen Aktien daran Theil nehmen und es ungewiss ist, ob die durch diese Konkurenz für die alten Aktien entstehende Einbusse durch die entsprechende Theilnahme an dem neuen Kapitale eine vollständige Ausgleichung erfährt. In dieser Weise ist das Verhältniss des Aktionärs zu einer Kapitalerhöhung auch in den alten Statuten aufgefasst worden. So heisst es in dem Plan der Hamburger Assekuranz-Kompagnie von 1765. (Weskett III. Anh. S. 58.)

> Das Kapital kann durch neue Aktien weder vermehrt noch vermindert werden. Wenn aber so viele und wichtige Assekuranzen vorfielen, dass das Kapital nicht hinlänglich wäre, so werden die Interessenten zusammenberufen, die per majora ausmachen, ob das Kapital zu vergrössern sei. Doch steht den Dissentirenden frei, an keiner stärkeren Summe als wozu sie sich verbindlich gemacht haben, Theil zu nehmen.

§ 126.

8. Die Aktie.

Das Wort Aktie wird ebensowohl zur Bezeichnung der Betheiligungseinheiten gebraucht, in welche das Grundkapital zum Zweck seiner Unterbringung sowie der Vereinfachung und Uebersichtlichkeit des Rechnungswerks zerlegt ist

> Das Gesellschaftskapital wird in Aktien oder auch in Aktienantheile zerlegt und muss die Höhe der Aktien oder einzelnen Aktienantheile im Statut angegeben sein. (Artikel 207 und 209 Z. 4.)

als versteht man darunter [1]) die Summe der aus der Betheiligung entspringenden Rechte und Pflichten der Aktionärs — Aktienrechte [2]) oder das Interesse, welches der Aktionär an der Gesellschaft hat (portion d'intérêt S. 494), pars societatis, wobei da nach Vollleistung der Einlage positive Sonderpflichten des Aktionärs nicht bestehen, vorzugsweise an den aktiven Bestandtheil der Mitgliedschaft, also an die klagbaren Sonderrechte (action, actio) gedacht wird und zwar so, dass dabei wesentlich nur die vermögensrechtlichen im Kurs der Aktie erscheinenden Elemente der Aktivbetheiligung: die Rentabilität des Unternehmens während der Dauer desselben und der Werth der Theilungsmasse während der

---

für alle anderen Aktien eintritt, so dass Jeder gegenüber seinen Mitgenossen sein Mitgliedschaftsrecht im bisherigen Umfange behält; vgl. R.O.H. vom 28. Januar 1879 XXV S. 263, 268.

[1]) Vgl. Renaud, Aktiengesellsch. (1875) S. 90—124 u. O.H.G. Bd. XXV S. 263.

[2]) Renaud l. c. S. 98: „Das Aktienrecht ist weder ein Forderungsrecht auf einen Antheil am Gewinn der Gesellschaft noch eine Forderung, welche auf Gewährung von Dividenden, sowie auf Herausgabe einer Quote des Vermögens der aufgelösten Gesellschaft geht, noch endlich eine Obligation, die ausserdem auf einen Antheil an der Verwaltung und Beschlussfassung der Gesellschaft gerichtet ist. Vielmehr ist das Aktienrecht, die durch Uebernahme (Versprechen oder Zahlung) eines bestimmten Theils des Grundkapitals eines Vereins (Aktie in diesem Sinne) nach Maassgabe eines dieses Theiles erworbene Vereinsmitgliedschaft.

Liquidation berücksichtigt werden. Auch die Aktienbriefe (Aktiendokumente, Aktienzertifikate), d. h. die nicht bloss als Anerkenntniss über die Mitgliedschaft oder als Quittung über die Einlagen, oder als Legitimation für die Ausübung der Aktienrechte, sondern als ausschliessliches Vehikel der Veräusserung von der Gesellschaft ausgestellten Urkunden werden Aktien genannt, auch im Gesetz vgl. Art. 207: „Aktien oder Aktienantheile können auf Inhaber oder auf Namen lauten.“ (Artikel 207). Ein Recht auf Aushändigung von Aktienbriefen steht dem Aktionär nur zu, wenn und soweit das Statut hierauf bezügliche Bestimmungen enthält. Es kommen Aktiengesellschaften vor,[3]) welche aus verschiedenen Gründen, sei es zur Erschwerung der Veräusserlichkeit der Mitgliedschaft oder zur Ersparung des landesgesetzlich auf Aktien gelegten Stempels[4]) sich der Ausfertigung solcher Dokumente enthalten. Der Aktienbrief ist kein Element der Aktiengesellschaft als Rechtsinstitut, aber das unentbehrliche Hülfsmittel für die Verbreitung der Aktienunternehmen, um den Zufluss des Kapitals für produktive Zwecke zu vermitteln. Einige Uebelstände des Aktiengesellschaftswesens sind gewiss auf den Börsenhandel und auf die Agiotage zurückzuführen. Trotzdem hat die Rücksicht auf den volkswirthschaftlichen Nutzen der Aktiengesellschaft überwogen und das auf diesen Standpunke stehende deutsche Recht hat sich zu einer Reihe materieller Zugeständnisse verstanden (System des Geldnominalbetrages der Aktien auch bei Sacheinlagen, Bauzinsen, liberirte bloss mit vierzig Prozent eingezahlte Inhaberaktien, Neuemissionen, während die alten Aktien noch nicht voll eingezahlt sind, Behandlung der Aktien als geldwerthe Papiere), durch welche selbst die nicht voll eingezahlte Betheiligung bei Aktienunternehmen mit der Eigenschaft einer marktgängigen und börsenfähigen Waare ausgestattet worden ist.

Dem Eindringen der Aktie in die kapitalsarmen Schichten der Bevölkerung ist durch die Vorschrift des Artikels 207a. ein wohlthätiges Hemmniss entgegengestellt:

> Die Aktien oder Aktienantheile müssen, wenn sie auf Namen lauten, auf einen Betrag von mindestens fünfzig Vereinsthalern, wenn sie auf Inhaber lauten, auf einen Betrag von mindestens einhundert Vereinsthalern gestellt werden. Bei Versicherungsgesellschaften müssen auch solche Aktien oder Aktienantheile, welche auf Namen lauten, auf einen Betrag von mindestens einhundert Vereinsthalern gestellt werden.

Aktien oder Aktienantheile, welche auf einen geringeren Betrag gestellt werden, sind nichtig. Die Ausgeber solcher Aktien oder Aktienantheile sind den Besitzern für allen durch die Ausgabe verursachten Schaden solidarisch verhaftet.

---

[3]) Renaud, Recht der Aktiengesellschaft S. 123.

[4]) Auch Interimsscheine unterlagen dem Stempel für Aktien im Sinne des preuss. Stempeltarifs vom 7. März 1822; vgl. O.T. Berlin vom 18. Juni 1875, Entsch. Bd. LXXV, S. 174. Mit dem 1. Oktbr. 1881 unterliegen „Aktien und Aktienantheilscheine sowie Interimsscheine“ einer Stempelabgabe nach dem Gesetz, betr. die Erhebung von Reichsstempelabgaben vom 1. Juli 1881 (R.G.Bl. Nr. 17 S. 185), auch Genussscheine S. 611.

Durch den folgenden Absatz dieses Artikels

Der Nominalbetrag der Aktien oder Aktienantheile darf während des Bestehens der Gesellschaft weder vermindert noch erhöht werden.

wird jeder bloss fiktiven Veränderung, so wie jeder ohne Beobachtung der gesetzlich vorgeschriebenen Kautelen geplanten vor sich gehenden Verminderung des Grundvermögens entgegengewirkt. Es ist darin zugleich das Gebot enthalten, dass der Ziffer des Aktienbriefes stets der entsprechende Gegenwerth im Gesellschaftsvermögen gegenüber stehen soll, um dem Kursiren von rein imaginären Werthen, jeder Grundlage entbehrenden Papieren entgegenzutreten.

Die Atribute der Aktie im materiellen Sinne als des Komplexes aller durch die Mitgliedschaft gegebenen Rechte und Pflichten sind: die auf das Quotenrecht an einem gemeinsamen Unternehmen gebaute Mitgliedschaft, die damit zusammenhängende arithmetische Gleichheit aller Rechte und Pflichten; die Untheilbarkeit, die Mobiliarnatur, die zur Börsenfähigkeit entwickelte Veräusserlichkeit der Mitgliedschaft. [5])

I. Der gesetzliche einer vertragsmässigen Erhöhung, aber keiner Herabsetzung unterliegende Minimalbetrag der Aktie zu welchem die Betheiligung beim Aktienunternehmen gestattet, bildet die Betheiligungseinheit oder die Quote, zu welcher jeder am Stimmrecht, am Gewinn und Verlust des Unternehmens, sowie an der Substanz des Gesellschaftsvermögens partizipirt. Das arithmetische Verhältniss der Minimaleinlage zur Ziffer des Quotkapitals entscheidet über den Umfang aller aus der Betheiligung resultirenden Rechte und Pflichten; Jeder steht dem Andern gleich. Wer mehr als die Minimalbetheiligung nimmt, ist so oft berechtigt und verpflichtet, als er Betheiligungsquoten oder Bruchtheile davon hat. Bei einem in hundert Betheiligungseinheiten zu je hundert getheilten Grundkapital von Hunderttausend ist jeder der eine Aktie nimmt, im Verhältniss von Hundert zu Hunderttausend betheiligt, seine Betheiligungsquote beträgt ein Hundertstel am Gewinn und Verlust u. s. w. Wer fünf Aktien oder einen auf Fünfhundert geschriebenen Aktienbrief nimmt ist fünfmal im Verhältniss von Hundert zu Hunderttausend betheiligt, seine Betheiligungsquote beträgt, so lange er die Aktien behält, fünfmal $^1/_{100}$; der rechtliche Gehalt der Einzelbetheiligung wird durch die Zulässigkeit der mehrfachen Betheiligung nicht geändert, „Jede Aktie ist gleich gut, wenn sie auch nicht immer gleich gross ist.“ [6]) Hierin berühren sich die Aktien mit den auf den auf gleicher Grundlage stehenden Schiffsparten und Kuxen, nur dass bei letzteren die Eigenschaft als Quoten an einem gemeinsamen Produktionskörper offen zu Tage tritt, während die Quotennatur der Aktie durch das System des Geldnominalbetrages verhüllt

---

[5]) Vgl. Gutachten des R.O.H.G. vom 23. November 1874 in d. Zeitschr. f. Handelsr. S. 443—46 u. U. des Oberst. Gerichtsh. München vom 13. April 1875 in ders. Zeitschr. XXII S. 317—21.

[6]) Endemann, Gesetz vom 11. Juni 1870 S. 34: „Jede Aktie soll gleich gut sein, und das Recht des Inhabers in Nichts bestehen als in der nach dem arithmetischen Verhältniss sämmtlicher Aktien auf die einzelne Aktie entfallenden Quote an dem Gesellschaftsvermögen und dessen Erträgnisse.“

wird.[7]) Die Aktienbriefe lauten jetzt, ohne Unterschied, ob die Aufbringung der Einlage in Geld oder durch andere Werthe erfolgt, auf eine Geldsumme, so z. B. bei einer Aktiengesellschaft, deren Grundkapital von 6,000,000 Mark durch Umwandlung in eine Fabrik in Aktien aufgebracht ist:

> Aktien über 600 Mark der p. p. Gesellschaft. Inhaber dieser Aktie hat mit dem obigen Betrage nach Massgabe der Statuten Antheil an der Fabrikunternehmung, deren Erträge und dem Gesammteigenthum der Gesellschaft,

was dasselbe bedeutet, wie Inhaber hat 1/10,000 Antheil an der Unternehmung.

II. Die Aktien oder Aktienantheile sind untheilbar (Artikel 207). Wegen der praktischen Unzuträglichkeiten, welche damit verbunden sind, wenn eine Vielheit von Personen Träger des Aktienrechts sein dürfte, ist es von jeher üblich gewesen, dass die Minimalbetheiligung nur von einer Einzelperson (Firma, juristische Person) genommen werden darf. Die Mitaktionäre sind nicht gehalten, sich statt mit einem, mit einer Vielheit von Partizipanten einzulassen. Dies gilt sowohl für die Fälle der Zersplitterung der Betheiligung durch Erbgang als durch sonstige willkürliche Parzellirungen. Die Aktie ist vererblich,[8]) aber mehrere Erben sind gezwungen, entweder das Eigenthum der Aktie Einem unter ihnen zuzutheilen, so dass mehrere Erben unter sich das Miteigenthum der Aktie erlangen, aber der Gesellschaft gegenüber ist nur derjenige Aktionär, welcher sich als Alleineigenthümer legitimirt. Die Aktie ist freies Eigenthum des Aktionärs, er kann Theile davon abgeben, der Betreffende wird dann sein Unterbetheiligter, aber nicht Mitglied der Gesellschaft. Die Untheilbarkeit der Aktie in diesem Sinne[9]) ist lediglich eine auf den Schutz der Aktionäre berechnete Vorschrift, die daher durch die Autonomie der Genossen ausser Anwendung gesetzt werden kann, sowohl für einen einzelnen Fall, z. B. wenn sich die Gesellschaft mit mehreren Erben insgesammt oder mit einem derselben als Repräsentanten der Uebrigen einlassen will,[10]) als auch generell, wenn das Statut die Zerlegung der Aktie in Bruchtheile — Aktienantheile — gestattet.

In letzterem Falle sind alle Theilhaber zusammen zur Mitgliedschaft verstattet und zwar so, dass die untheilbaren Rechte wie das Stimmrecht von allen zusammen, die theilbaren Rechte aber wie das Recht auf Theilung des Gewinnes und Vermögens von Jedem besonders ausgeübt werden kann, „Les actions peu-

---

[7]) Nach dem Belgischen Gesetz vom 18. Mai 1873 kann die Errichtung von Aktiengesellschaften nach Wahl der Gründer ohne Bezeichnung eines bestimmten Grundkapitals, also mit quotativen Antheilen oder nach dem System des Geldnominalbetrages erfolgen, auch bei Gesellschaften mit Apports.

[8]) In manchen älteren Statuten war in Verbindung mit dem Vorkaufsrecht der Gesellschaft ein Zwang zum Verkauf in Todesfällen vorgeschrieben: Au décès d'un des associés leurs veuves, héritiers créanciers, seront tenus de vendre leurs actions dans un an au plus tard, sur le prix de la dernière evaluation, et à charge de préférence pour la compagnie. Les representans de l'associé décédé cesseront, de participer aux bénéfices et pertes, à commencer du lendemain du décés, im französ. Oktroi von 1686. Troplong I S. 376.

[9]) Vgl. S. 634.

[10]) Vgl. den Fall in den Entsch. d. O.H.G. vom 21. November 1877 Bd. XXIII S. 100.

vent être divisées en coupures qui, réunies en nombre suffisant, confèrent les mêmes droits que l'action (Belgisches Gesetz vom 18. Mai 1873, Art. 35).

III. Zur Erleichterung der Veräusserung wird der gesammte Komplex, der in der Eigenschaft als Aktionäre begriffenen Rechte und Pflichten das Miteigenthum eingeschlossen, vermöge einer Fiktion als eine einheitliche bewegliche Sache selbst dann angesehen, wenn das Vermögen der Aktiengesellschaft ganz oder theilweise aus Grundstücken oder Immobiliarrechten besteht. Durch diese Fiktion wird die in der Uebertragung der Mitgliedschaft liegende Veräusserung des Miteigenthums von allen Weitläufigkeiten und Kosten, welche nach dem allgemeinen Recht mit dem Uebergang von Miteigenthum an Grundstücken, Sachen und Forderungen verbunden sind, befreit; es wird ferner ermöglicht, dass die Mitgliedschaft in dem Augenblick übergeht, wo der Nachfolger von der Gesellschaft als Mitglied angenommen gilt; es wird endlich möglich, diesen Effekt an die Uebergabe des Aktienbriefes anzuknüpfen, so dass die Aktie und somit die Mitgliedschaft wie bewegliche Sachen von Hand zu Hand wandern können. Diese Fiktion ist in den älteren Oktrois häufig ausdrücklich ausgesprochen:

„Les actions sont réputes mobilières," in dem französischen Oktroi vom 20. Mai 1686. Troplong I S. 375.

Das Kapitalvermögen der Gesellschaft soll für ein bewegliches und nicht für ein unbewegliches Gut (a personal and not a real estate) gehalten werden, in dem englischen Oktroi 1720. Weskett I S. 201.

Sie ist von da aus in das französische Civilgesetzbuch übergegangen.

Art. 529. Vermöge gesetzlicher Bestimmung sind bewegliche Aktien oder Antheile an Finanz-, Handels- und Industriegesellschaften, selbst wenn diese Gesellschaften Immobilien besitzen, welche zu diesem Unternehmen gehören. Diese Aktien oder Antheile werden nur in Rücksicht eines jeden Gesellschafters, so lange die Gesellschaft dauert, als bewegliche betrachtet.

Die Vorstellung von der Mobiliarnatur der Aktie hat sich auf dem Hintergrunde des täglichen Börsenverkehrs so sehr in das Rechtsbewusstsein eingebürgert, dass sie in den neuesten Rechtsquellen nicht mehr besonders hervorgehoben wird. Die Herrschaft der Fiktion ist einmal auf die Dauer ihrer Verpflichtung — dem Bestehen der Gemeinschaft — beschränkt, sie erlöscht mit der Zerstörung der Organisation, auch wenn noch unvertheiltes Vermögen übrig geblieben sein sollte. Die Fiktion gilt sodann auch nur für die Beziehungen des Aktionärs zu der Gesellschaft. So hat das Ober-Tribunal Berlin in Betreff der Frage, ob die Aktien zum beweglichen oder unbeweglichen Vermögen zu rechnen sind, in einem nach Provinzialrecht zu entscheidenden Falle angenommen, dass in Erbschaftsfällen die Aktien einer zum Betriebe einer Eisenhütte gegründeten Gesellschaft zum Immobiliarvermögen zu rechnen seien.[11]) Das Preussische Landrecht gleichermaassen hat die Fiktion generalisirt, [11a]) indem es

[11]) Entscheidung d. O.T. Berlin LXVI S. 248.

[11a]) Ausfluss der im vorigen Jahrhundert herrschenden Ansicht über die ökonomische Natur der Aktie als Umlaufsmittel, vgl. S. 499 Not. 41 u. Troplong, Contrat de Soc. Bd. I Vorrede S. 89, 90.

im § 12, Tit. II. Th. I heisst: die auf jeden Inhaber lautenden Papiere, z. B. Banknoten, Pfandbriefe, Aktien, sie mögen Zinsen tragen oder nicht, werden gleich anderen Schuldinstrumenten zu den Kapitalsvermögen gerechnet.

IV. Die Veräusserung der Aktie oder der Mitgliedschaft bei einem Aktienunternehmen, Uebertragung des Anrechts des Aktionärs auf einen Andern im Artikel 223 genannt, enthält eine Singularsuccession in das gesammte Sozietätsverhältniss nach der aktiven und passiven Seite hin mit allen dinglichen und persönlichen Wirkungen. Der Ausscheidende hört vom Tage seines Austritts ab auf, Aktionär zu sein, der Erwerber wird es an seiner Stelle vom Tage des Eintritts an.[12]) Der Uebertragende verliert alle Rechte der Mitgliedschaft und wird frei von den damit verbundenen Lasten. Der Erwerber überkömmt alle in der Mitgliedschaft eingeschlossenen persönlichen und dinglichen Rechte und Pflichten, er wird Miteigenthümer, stimm- und dividendenberechtigt und rückt, wenn die Einlage noch nicht voll geleistet ist, in die Pflicht zur Entrichtung des noch ausstehenden Theiles der Einlage, ebenso wie in das Obligo wegen der bestehenden Gesellschaftsschulden ein (§ 124). Die Succession ist so zu denken, als ob mit der Uebertragung der Mitgliedschaft, der zwischen dem Veräusserer und der Mitaktionärschaft bestehende Nexus für die Zukunft aufgehoben und zwischen dem Eintretenden und den am Tage des Eintritts vorhandenen Mitaktionären aufs Neue geknüpft sei. Der Erwerber muss, wie es im Art. 471 H.G.B. für die Veräusserung der Schiffsparten vorgeschrieben ist, die Bestimmungen des Sozietätsvertrages, die gefassten Beschlüsse und eingegangenen Geschäfte gleich wie der Veräusserer gegen sich gelten lassen und zwar sowohl im Verhältniss nach innen wie nach aussen; Gegenstand der Veräusserung ist nur die Mitgliedschaft für die Zukunft. Die in die Vergangenheit fallenden Ansprüche aus der Mitgliedschaft, w. z. B. das Recht auf Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen, Nachforderungen, wegen aus verflossenen Betriebsperioden herrührenden aber noch nicht abgehobenen Dividenden,[13]) desgleichen die bis zum Tage der Veräusserung laufenden Nutzungen verbleiben bei dem Veräusserer. Hierauf beruht die Usance, nach welcher sich der Börsenkurs für Aktien, exclusive der noch laufenden Zinsen und Dividenden versteht derart, dass dem Käufer zwar die noch nicht fälligen Koupons mitzuliefern, dagegen dem Verkäufer bis zum Tage der Lieferung die garantirten Zinsen und statt der laufenden Dividende sg. Stückzinsen (§ 127) zu vergüten sind, deren Aequi-

---

[12]) Jolly in d. Zeitschr. f. Handelsr. XI S. 375 f., 410 f., 418. — Renaud, Aktienges. S. 403—416 über die Erwerbung von Aktienrechten nach Entstehung der Aktiengesellschaft und zwar durch Sukzession.

[13]) O.H.G. vom 14. Mai 1872 VI S. 146. Im Jahre 1865 hatte Kläger mehrere Hundert Stück Interimsscheine einer Kommanditgesellschaft auf Aktien, die mit Dividendenscheinen nicht versehen waren, gekauft; das Statut gewährt den Anspruch auf eine Vorwegdividende, 4 Prozent, und ausserdem eine Superdividende. Nachdem die Superdividende im Jahre 1866 auf 3 Prozent festgestellt worden, verkaufte Kläger die Interimsscheine an die Gesellschaft selbst, ohne dass der Superdividende für das Jahr 1866 Erwähnung geschah, dieselbe wurde dem Kläger zugesprochen.

valent der Käufer in den mitgelieferten Kupons erhält.[14]) Entsprechend bleibt der Veräusserer in Betreff der aus seiner Mitgliedschaftszeit herrührenden Verbindlichkeiten, wie z. B. wegen Leistung der vor der Veräusserung fällig gewesenen Theile der Einlage (Rückstände), nach wie vor persönlich und allein obligirt. Dasselbe wie von den gesellschaftlichen Rechten und Pflichten gilt von Forderungen und Verbindlichkeiten, welche zur Zeit der Veräusserung zwar an die Person des Veräusserers, aber nicht in seiner Eigenschaft als Aktionär, sondern aus anderen Rechtsgründen angeknüpft waren, wie z. B. Gründerbezugsrechte (§ 121), Ansprüche aus der Aufsichtsrathstellung oder als wahrer Gesellschaftsgläubiger (§§ 121. 122), Entschädigungsansprüche aus dolosen, gegen den Veräusserer verübten Handlungen der Gesellschaftsorgane (§ 122), oder das Nachforderungsrecht der Gesellschaftsgläubiger, wenn die Gesellschaft später in Konkurs geräth und sich hierbei herausstellt, dass der Verkäufer seiner gesetzlichen Beitragspflicht nicht genügt hat (§ 124. 130).

Eine Konsequenz der juristischen Untheilbarkeit der Aktionärschaft ist, dass die Veräusserung stets das Ganze der Mitgliedschaft, die darunter begriffenen Rechte und Pflichten als Einheit gedacht umfasst. Der Aktionär darf nicht die vermögensrechtlichen Rechte der Mitgliedschaft veräussern und sich die persönlichen vorbehalten oder umgekehrt. Man ist entweder Aktionär, oder man ist es nicht, und wer es ist, der ist es zum Vollen. Dadurch wird man zwar nicht verhindert, sich seiner Aktien, also seines in einem Aktienunternehmen angelegten Kapitals, für seine Privatzwecke zu bedienen, oder sich zur Ausübung der nicht an die Person gebundenen Rechte, wie Stimm- und Dividendenrecht, Stellvertreter zu bedienen. Die Aktien können verpfändet zum Niessbrauch gegeben, es kann das Nutzungsrecht im Ganzen oder im Einzelnen davon abgetrennt werden. Aber alle dergleichen Manipulationen bringen in dem gesellschaftlichen Verhältniss keine Aenderung hervor. Trotz der aktuellen Maassgabe seiner Rechte bleibt der Verfügende im Gesellschaftsverbande und in dem davon unzertrennlichen Miteigenthum, und derjenige, dem er die Ausübung seiner Mitgliedschaft übertragen, rückt nicht in die Mitgliedschaft oder deren einzelne ihm überlassene Bestandtheile ein. Es wird keine Singularsuccession in das bestehende Gesellschaftsverhältniss hervorgebracht, es entsteht nur ein Vertragsverhältniss, welches Rechte und Pflichten zwischen den Kontrahenten erzeugt, den Mitgesellschaftern und den Gesellschaftsgläubigern gegenüber aber ohne rechtliche Wirkung verbleibt. Der Aktionär kann Konsortialbetheiligungen an seinen Aktien abgeben, sein Mitkontrahent wird dadurch sein Konsorte, rückt aber nicht in das Konsortium der Aktionäre ein. Ein ähnliches Verhältniss entsteht, wenn der offene Gesellschafter seinen Antheil an der Gesellschaft ohne Konsens seiner Mitgenossen einem Fremden überlässt.

Artikel 98. Ein Gesellschafter kann ohne Einwilligung der übrigen Gesellschafter keinen Dritten in die Gesellschaft aufnehmen. Wenn ein Gesellschafter einseitig einen Dritten an seinem Antheile betheiligt oder

---

[14]) O.H.G. vom 27. Mai 1873 X S. 305, 307.

seinen Antheil an denselben abtritt, so erlangt dieser gegen die Gesellschaft unmittelbar keine Rechte; er ist insbesondere zur Einsicht der Handelsbücher und Papiere der Gesellschaft nicht berechtigt.

Trotz aller, Fremden an der Mitgliedschaft eingeräumten aktuellen Machtbefugnisse, bleiben alle der Mitgliedschaft inhärirenden Rechte in der Person des Aktionärs vereinigt, so dass Niemand als er zur Geltendmachung seiner Rechte dem Verbande der Mitaktionäre gegenüber befugt ist. Soweit der Aktionär sich durch Weggabe seiner Rechte der Vorbedingungen, von welchen deren Vorhandensein in seiner Person (Aktienbriefe, Dividendenscheine) die Geltendmachung seiner Sonderrechte abhängig gemacht ist (§ 127), entäussert hat, ruht oder erlischt ihre Ausübung von Seiten des Aktionärs, ohne dass sie auf den Fremden überginge.

Diese Grundsätze finden namentlich auf den Fall des Verkaufs der Dividendenscheine (§ 127) Anwendung.

Das Gewinnbezugsrecht des Aktionärs ist gleich den anderen Mitgliedschaftsrechten untrennbar an die Eigenschaft als Aktionär gebunden. Durch die Festsetzung der Dividende verwandelt es sich zwar in das konkrete Sonderrecht auf Auszahlung der festgesetzten Dividende, ohne jedoch dadurch von dem Sozietätsverhältniss abgelöst zu werden. Es bleibt unter der Herrschaft des Vertrages und unter den über denselben stehenden Rechtsregeln. Es erlischt, wenn sich in der Zeit zwischen Festsetzung und Zahltermin eine solche Veränderung der Umstände ereignet hat, dass die Auszahlung unter das Verbot der fiktiven Dividendenvertheilung fallen würde.[15]) Die Gesellschaft geht durch die Festsetzung der Dividende der Geltendmachung ihrer Gegenansprüche gegen den Aktionär, z. B. wegen rückständiger Beträge, nicht verlustig,[16]) da ein Gewohnheitsrecht dafür, dass die vorbehaltslose Festsetzung der Höhe und des Zahltermins der Dividende den Verzicht der Gesellschaft auf alle Einreden gegen den Aktionär oder dessen Rechtsnachfolger in sich schliesst, sich noch nicht gebildet hat.[17])

Was allein Objekt der Uebertragung sein kann, ist die Einkassirung der festgesetzten Dividende, die Empfangnahme. Wem die Einkassirung der Dividende für eigene Rechnung (nicht als Bote oder Stellvertreter) übertragen ist, wird dadurch, und zwar nur für den Akt der Empfangnahme, Prokurator des Aktionärs, und zwar in rem suam; er ist berechtigt, das von der Gesellschaft Beigetriebene für sich zu behalten (Einkassirungsmandat). Die besonderen

[15]) Vgl. den Fall in Not. 5 zu § 125.

[16]) Satz 75 des Normalstatuts der englischen Gesellschaftsakte von 1862 bestimmt: Die Direktoren können von dem einen Mitgliede zu zahlenden Dividenden alle diejenigen Summen Geldes abziehen, die es etwa auf Einforderungen der Einlage oder sonst der Gesellschaft schuldig ist.

[17]) Der Handel mit Dividendenscheinen ist wegen seiner aleatorischen Natur und als der Entwickelung der Aktiengesellschaft nicht förderlich vom Recht nicht zu begünstigen; vgl. Ladenburg über den Verkehr mit verfallenen Zinskupons und Dividendenscheinen in d. Zeitschr. f. Handelsr. IV S. 247—251.

Rechte, welche dem Aktionär in Betreff des veräusserten Gewinnantheils zugestanden hätten, wenn er sich der Ausübung des Rechtes nicht begeben, ev. z. B. das Recht auf Erhöhung der Dividende oder auf Festsetzung eines richterlichen Zahlungstermins anzutragen, gehen auf den fremden Inhaber des Dividendenrechts nicht über. [18])

Die Anwendung der Fiktion, wonach der Eintritt eines neuen Aktionärs als Abschliessung eines neuen Gesellschaftsvertrages auf den vorhandenen Grundlagen behandelt wird, den Gesellschaftsgläubigern gegenüber, wird theils durch die entsprechenden, für den Eintritt eines neuen Mitgliedes in eine offene Handelsgesellschaft geltenden Regeln des modernen Rechts, theils durch die eigenthümlichen für die Beitrags- und Haftpflicht des Aktionärs zur Anwendung kommenden Grundsätze (§ 124) vermittelt. Der Gesichtspunkt ist, dass die Gläubiger in ihren berechtigten Erwartungen nicht getäuscht werden. Die Sache ist einfach, wenn zur Zeit der Veräusserung alle Einlagen gehörig voll eingezahlt sind. Der Austretende lässt seinen Antheil am Gesellschaftsvermögen zurück, und damit bleibt der den Gläubigern zugesicherte Befriedigungsfond ungeschmälert. Die Befreiung von der Leistung der ausstehenden Einlage, falls der Austritt vor Einrufung der ganzen Einlage erfolgt, gehört mit zu den gesetzlich zulässigen Beschränkungen der Beitragspflicht, zu den Herabminderungen des Risikos, den sich Jeder unterwirft, der einer Aktiengesellschaft Kredit giebt. Der Austretende wird frei von der Beitragspflicht nicht blos seinen Mitgenossen, sondern auch den gegenwärtigen Gesellschaftsgläubigern gegenüber, die statt seiner den Nachfolger als Schuldner erhalten und ihre Ansprüche behalten, insoweit der Veräusserer der in seiner Mitgliedschaft fallenden Beitragspflicht nicht gehörig genügt hat, ein Punkt, der erst im Konkurs oder nach vollständiger Zerstörung der Organisation der Aktiengesellschaft zur Sprache kommt (§§ 124. 128. 130).

Die Singularsukzession in die Mitgliedschaft als Aktionär mit den vorstehend entwickelten Wirkungen tritt nur ein, wenn dreierlei vorhanden ist: Veräusserung unter Beobachtung der im Gesetz gegebenen Schranken, Genehmigung des Verbandes der Mitaktionäre und ein dem positiven Recht entsprechender Veräusserungsakt.

Die Aktienunternehmen sind auf die Vollleistung der gezeichneten Einlagen und nicht auf die persönliche Kooperation der Theilnehmer gestellt, indem die Einrichtungen so beschaffen sind, dass die Geschäfte durch gemiethete Kräfte

---

[18]) Konstante Praxis d. R.O.H.G. vgl O.H.G. vom 13. September 1873 XI S. 119 wegen der Klage auf Erhöhung einer beschlossenen Dividende, vom 22. April 1873 IX S. 273 O.H.G. Dresden vom 30. Oktober 1862, Annalen VI S. 269 wegen Feststellung des Zahlungstages durch den Richter auch vom 16. Dezember 1874 XVII S. 357, dass der Besitz von Dividendenscheinen zur Forderung von Bauzinsen nicht berechtigt vor und vom 26. Oktober 1874 XIV S. 355 über den Besitz der Aktienbriefe als Vorbedingung für die Klage auf Anfechtung eines Generalversammlungsbeschlusses; vgl. O.H.G. Dresden vom 30. Oktober 1862, Annalen VI S. 299 über die Versagung des Rechts zur Forderung einer Erhöhung.

besorgt werden können, während das Unternehmen zu Grunde gehen muss, wenn die Zeichnungsscheine sich nicht später in Geld verwandeln. Die Losmachung der Urzeichner von dem Unternehmen vor vollständiger Erfüllung der Beitragspflicht ist ebensowohl der Erreichung des Gesellschaftszwecks wie den Interessen des kreditgebenden Publikums zuwider. Die freie Veränderlichkeit der Mitgliedschaft nach Vollzahlung der Einlage harmonirt aber ebenso sehr mit dem Wesen der Aktiengesellschaft, wie der Austritt vorher damit in Widerspruch steht. Oder man müsste damit nur eine Sukzession in den aktiven Bestandtheil der Mitgliedschaft verbinden, so dass die Lasten dem Veräusserer verblieben, der dann, wenn man ihm auch ein Rückgriffsrecht gegen seinen Nachmann zugestehen will, damit dauernd an die Schicksale des Unternehmens gebunden wäre, ohne an dessen Vortheilen Theil zu nehmen. Eine solche Behandlung der Veräusserung widerspricht der Natur der Sache, die dahin gerichtet ist, mit der Uebertragung der Aktienrechte deren bisherige Inhaber durchgreifend nach allen Beziehungen und für immer von dem Unternehmen und dessen Schicksalen loszulösen. Die Veräusserlichkeit nicht voll eingezahlter Aktien unter Fortdauer des Obligos widerspricht dem Verkehrswillen, und die Veräusserlichkeit dergleichen Gesellschaftsantheile unter Aufhebung des Obligos dem Rechte; der Verkehr bewirbt sich widerum um diese Konzession. Auf der Eventualität der Befreiung beruht zum Theil die Anziehungskraft der Aktienunternehmen, aber auch die Ueberproduktion mit Aktien. Man steht daher vor zwei Gegensätzen: der Forderung des strengen Rechts und dem Drängen des Verkehrs nach einer Milderung desselben. Manche Gesetzgebungen, wie Spanien und Holland, haben an dem strengen, das Verbot der nicht voll eingezahlten Inhaberaktie in sich schliessenden strengen Rechts festgehalten, andere Gesetzgebungen, wie die französische, englische und deutsche, haben sich zu einem Kompromiss verstanden, der nach dem System des Handelsgesetzbuchs darin besteht, dass die Veräusserung der auf Inhaber gestellten Mitgliedschaft erst nach Einzahlung von 40 Prozent der gezeichneten Einlage statthaft ist, während die Veräusserung der auf Namen gestellten Mitgliedschaft jederzeit zulässig ist, jedoch mit der Beschränkung des Artikels 223:

> So lange der Betrag der Aktie nicht vollständig eingezahlt ist, wird der Aktionär durch Uebertragung seines Anrechts auf einen Anderen, von der Verbindlichkeit zur Zahlung des Rückstandes nur dann befreit, wenn die Gesellschaft den neuen Erwerber an seiner Stelle annimmt und ihn der Verbindlichkeit entlässt,
>
> Auch in diesem Falle bleibt der austretende Aktionär auf Höhe des Rückstandes für alle bis dahin von der Gesellschaft eingegangenen Verbindlichkeiten noch auf ein Jahr, vom Tage des Austritts an gerechnet, subsidiarisch verhaftet.

wonach der austretende Aktionär noch auf ein Jahr, vom Tage des Austritts an gerechnet, als Bürge für alle bis dahin von der Gesellschaft eingegangenen Verbindlichkeiten auf Höhe des zur Zeit des Austritts noch ausstehenden Theils

der Einlage verhaftet bleibt. Weiteren gesetzlichen Beschränkungen ist die Veräusserung der Aktie nicht unterworfen.

2. Die Vertragsnatur der Aktiengesellschaft bedingt es, dass der Eintritt eines neuen Kontrahenten nicht anders als mit dem Willen der in dem Vertragsverhältniss stehenden Individuen denkbar ist. Es ist stets eine Genehmigung des Austritts und der Annahme des Eintretenden als Mitglied der Gesellschaft nothwendig. Diese Genehmigung kann ausdrücklich oder stillschweigend im Voraus oder für jeden konkreten Fall besonders ertheilt werden. Die freie Veräusserlichkeit der voll eingezahlten Mitgliedschaft ist eine naturale negotii. Diese Befugniss gilt als durch Abschluss des Vertrages stillschweigend gewollt und zählt mit zu den Sonderrechten des Aktionärs, die ihm wider seinen Willen nicht mehr entzogen oder geschmälert werden dürfen. Vertragsmässige Beschränkungen im Urvertrage und später im Wege der Universalversammlung sind zulässig und kommen auch vor, weil die Individualität des Aktionärs wegen des gedeihlichen Zusammenwirkens in der Generalversammlung und der Nothwendigkeit von geeigneten Kräften zur Ausfüllung der Gesellschaftsämter (Aufsichtsrath, Revisionskommission), oder wenn den Aktionären ausser der Einlage noch andere Pflichten auferlegt sind,[19]) auch nach Vollzahlung der Einlagen nicht völlig bedeutungslos ist.

Die Veräusserlichkeit der Mitgliedschaft vor Vollzahlung der Einlage ist eine accidentale negotii, sie setzt stets eine Genehmigung voraus, die als im Voraus ertheilt gilt, wenn dem Aktionär statutenmässig zum Transport der Mitgliedschaft bestimmte Aktienbriefe auf Inhaber oder an Ordre zugesagt und ausgehändigt sind. Die Ertheilung der Genehmigung zum Aus- und Eintritt neuer Mitglieder gehört als innere Gesellschaftsangelegenheit zu den Attributen der Generalversammlung,[20]) so dass der Vorstand und Aufsichtsrath hierzu nur befugt sind, wenn oder soweit sie durch das Statut oder durch die Generalversammlung hierzu beauftragt sind. Die im Voraus ertheilte Genehmigung kann nicht mehr zurückgezogen werden, während die für den konkreten Fall erforderliche Genehmigung dem freien, jedoch an das Statut gebundenen Ermessen des kompetenten Gesellschaftsorganes unterliegt. So muss die Genehmigung versagt werden, wenn der präsentirte Nachfolger sich der Erfüllung der statutenmässigen Erfordernisse der Mitgliedschaft, z. B. der bei den Versicherungsgesellschaften

---

[19]) So enthalten die Statuten mancher Zuckersiederei-Aktiengesellschaften die Bestimmung: diese Aktie kann ohne Genehmigung nicht veräussert noch verpfändet werden, indem die Eigenschaft als Aktionär an die Bedingung des Grundbesitzes innerhalb eines bestimmten Bezirkes, verbunden mit der Pflicht, alljährlich gegen einen bestimmten Preis Runkelrüben zu liefern, geknüpft ist, vgl. den Fall, welcher dem Urtheil vom 21. Novbr. 1877 R.O.H.G. XXIII S. 98 entspricht.

[20]) Jeder kann seine Aktien verkaufen, damit aber der Kompagnie eine ihr unanständige und nicht etwa im guten Kredit stehende Person aufgedrungen werde, ist der Verkäufer gehalten in der Versammlung der Interessenten den Käufer anzugeben, wo dann durch Zettel votirt und per majora entschieden wird, (Plan der Direkteurs Genua 1741) drei Kommendirten (Kopenhagen 1726) verkauft werden. Vgl. Weskett III Anh. S. 47. 56, 58, Magnis S. 958.

üblichen Ausstellung von Wechseln über die ausstehende Einlage weigert. Die zu Unrecht erfolgte Versagung der Genehmigung enthält eine Verletzung der Sonderrechte des Aktionärs, die dem Letzteren, aber nicht seinen Mitkontrahenten ein Recht zur Klage auf Ertheilung der Genehmigung verleiht. Die Ertheilung der Genehmigung schliesst die Befreiung des austretenden Aktionärs von der während seiner Mitgliedschaft noch nicht eingeforderten Theile der Einlage in sich, ohne dass es einer ausdrücklichen Entlassung des Austretenden aus der Gesellschaftsverbindlichkeit oder der ausdrücklichen Annahme des Eintretenden als Selbstschuldners bedarf.

Die Vorschrift des Art. 223, Abs. 2 und 3 bezweckt nur die Einschärfung des Prinzipes, dass sich der Zeichner nicht einseitig, sondern nur mit Bewilligung seiner Mitgenossen von seiner kontraktlichen Verpflichtung losmachen kann, was in der Quelle des H.G.B. dem § 13 des preuss. Gesetzes vom 9. November 1843 für die Aktiengesellschaften der Monarchie Preussens:

> So lange der Aktionär den Betrag der Aktie nicht vollständig berichtigt hat, wird er durch Uebertragung seines Anrechts auf einen Anderen von der Verbindlichkeit nur dann befreit, wenn die Gesellschaft hierzu ihre Einwilligung ertheilt hat.

ganz unzweideutig [21]) gesagt ist.

3. Der Veräusserungs-Akt besteht aus zwei Stücken: dem Veräusserungsvertrage und der Tradition der als eine bewegliche Sache gedachten Mitgliedschaft. Für den Veräusserungsvertrag genügt der gegenseitig erklärte mündliche Wille die den Gegenstand des Geschäfts bildende Mitgliedschaft übertragen, bzw. in dieselbe einrücken zu wollen.

Für die Tradition bestehen zwei Systeme, das der ungebundenen Zirkulation und das der Inskription, je nachdem die Genehmigung zur Veräusserung im Voraus ertheilt oder für jeden Fall besonders ertheilt werden muss, und je nach dem die Einrichtungen so getroffen, dass die Veräusserung ohne Zuziehung und Wissenschaft oder nur mit deren Mitwirkung und Wissenschaft vor sich gehen darf. Das erstere System besteht in der Aushändigung von für den Zweck der Veräusserung bestimmten Aktienbriefen auf Inhaber oder auf Ordre. Damit ist der Wille ausgesprochen, dass jeder als Mitglied angenommen werden solle, der das als Gesellschaftszeichen dienende Papier erworben hat. Dem Aktionär, dem ein solches die Mitgliedschaft versinnlichendes körperliches Zeichen ausgehändigt ist, erhält damit die Befugniss seinen Austritt durch Begebung dieses Zeichens jeder Zeit zu bewerkstelligen und dem Erwerber die Mitgliedschaft an seiner Stelle zu verschaffen. Das System der Inskription lehnt sich an eine fundamentale Einrichtung der Aktiengesellschaft, das **Aktienbuch**, an, in Betreff dessen das H.G.B. im Artikel 182 vorschreibt: die Aktien müssen mit genauer

---

[21]) Vgl. O.T. Berlin vom 2. Juni 1863, Striethorst, Archiv Bd. 49 S. 236. — In den preussischen Assekuranzoktroi von 1765 heisst es noch kürzer: „Bei dem Verkauf einer Aktie haftet der Verkäufer so lange, bis die Kompagnie den neuen Käufer und dessen Obligation angenommen hat.“

Bezeichnung des Inhabers nach Namen, Wohnort und Stand in das Aktienbuch der Gesellschaft eingetragen werden. Nach diesem System kann der Austritt und Eintritt von Mitgliedern nicht anders als durch Einschreibung in das Aktienbuch erfolgen, so dass jede in anderer Weise, z. B. durch eine schriftliche Urkunde erfolgte Uebertragung der Aktienrechte nur Rechte zwischen den Kontrahenten, aber keine Veränderung der Mitgliedschaft hervorbringt. Nur wer im Aktienbuch eingetragen, ist Mitglied, wer es nicht ist, steht ausserhalb des Kreises der Gesellschaft. Die sich an das Grundbuch, das Gewerkenbuch, den Mühlenschrein der mittelalterlichen Mühlengenossenschaften (Seite 481) anschliessende Uebertragungsform der Aktien war die ursprünglich herrschende, die jedoch schon früh (Law S. 493. 494) durch das jetzt herrschende System der ungebundenen Negozibialität verdrängt worden ist. Die Inskription wurde entweder so gehandhabt, dass die Veränderung der Mitgliedschaft von beiden Kontrahenten persönlich in das Aktienbuch eingeschrieben wurde, oder so, dass die Umschreibung auf Grund eines gemeinschaftlich gestellten Antrages erfolgte. Das Holländische H.G.B. lässt im Artikel 42 beide Modalitäten zu.

> Le mode de délivrer les actions personnelles séra désigné dans l'acte: la délivrance pourra se faire par une déclaration de l'associé et de l'acquéreur, signifiée aux directeurs, ou par une semblable déclaration, inscrite sur les livres de la société et signée par les deux parties ou en leur nom.

Die Vornahme der Umschreibung schliesst die Genehmigung des Aus- und Eintritts in sich, weil sie nur erfolgt, wenn die Gesellschaft gegen die Veränderung der Mitgliedschaft nichts einzuwenden hat. Die Inskription ist kein blosser Formalakt, es ist die auf Anzeige erfolgende Rezeption in den Gesellschaftsverband selbst.[22])

Durch das System der Inskription werden die Aktien von der Börse abgehalten, der sie durch das andere System zugeführt werden.

Der Rechtseffekt beider Traditionsarten ist derselbe. Bis zur Umschreibung, bzw. bis zur Uebergabe des mit den erforderlichen Eigenschaften versehenen Aktienbriefes (§ 127), verbleibt die Mitgliedschaft sammt allen Rechten und Pflichten bei dem Veräusserer und zwar sowohl der Gesellschaft als Dritten gegenüber, so dass sein Gewinn- und Substanzantheil auch der Beschlagnahme seitens seiner Privatgläubiger ausgesetzt ist. Erst die Tradition gewährt die rechtliche Garantie für die Anerkennung der Mitgliedschaft seitens der Gesellschaft und gegen Entwerthung auch aus der Person des Veräusserers herrührenden Ansprüchen. Beide Systeme haben auch das mit einander gemein, dass sich

---

[22]) Dies darf aus dem Inhalt der gegen das Börsenspiel mit Aktien ergangenen Edikte der Generalstaaten vom 15. Juni 1621, 20. Mai 1624 und 16. September 1877 (Savary, dictionn. Bd. I S. 26) geschlossen werden, indem darin zur Verhinderung von Prämien und Differenz und zwar ohne dass der Aktienbriefe darin eine Erwähnung geschehen, angeordnet ist, dass die Verkäufer von Aktien schuldig sein sollen, die Transskription in den Gesellschaftsbüchern zu bewirken und zwar unter Beifügung der Quittung über die Bezahlung des Kaufpreises und dass der Erwerber, so lange dies nicht geschehen zur weitern Veräusserung der Aktie nicht befugt sein solle.

die Veränderung erst vollzieht, wenn die drei Vorbedingungen der Sukzession (Genehmigung, Veräusserungsvertrag, Tradition) zusammen sind.

Beide Systeme unterscheiden sich aber von einander durch zwei sehr wichtige praktische Folgen. Bei dem System der Inskription bleibt die Wirkung der Veräusserung bis zur Umschreibung suspendirt, während sich die Veräusserung im Wege des Aktienbriefes mit dem Erwerb des Papiers vollzieht, so dass der Erwerber mit dem Besitz des Papiers frei von aller Ungewissheit und Weitläufigkeiten erhält, was er haben will. Bei den nach dem System der Inskription eingerichteten Aktiengesellschaften gewährt ferner das Aktienbuch Aufschluss über die Persönlichkeiten der stimmberechtigten und beitragspflichtigen Theilnehmer, während bei der Veräusserung der Aktien von Hand zu Hand die Gewissheit hierüber fehlt, so dass die Einziehung der noch ausstehenden Einlagen im ersteren Falle erleichtert, im letzteren erschwert wird, indem der Erwerber von nicht voll eingezahlten Inhaberaktien zwar de jure für die in die Periode seiner Mitgliedschaft fallenden Ausschreibungen haftet, sich aber der Verfolgung leicht entziehen kann.

Mit dem System der Inskription ist die Aushändigung von cessiblen oder indossablen für die Veräusserung zu gebrauchenden Aktienbriefen nicht recht verträglich, wenn man die Einschreibung der Mitgliedschaft in das Aktienbuch nicht als eine reine Ordnungsvorschrift, von welcher etwa nur noch die Zulassung zum Stimmrecht abhängt, ansehen will. Der Besitz von Aktienbriefen bei auf Namen gestellter Mitgliedschaft hat jedoch einen gewissen Werth und zwar nicht blos zur Erleichterung der ohne ein solches Werthzeichen sehr erschwerten Veräusserung, sondern auch, weil sonst jede überhaupt Disposition über das in einem Aktienunternehmen angelegte Geld so gut wie gänzlich ausgeschlossen ist. Hieraus ist ein System entstanden, welches die Inskription mit dem Institut der Aktienbriefe combinirt, und dies ist im H.G.B. adoptirt worden. Die hierauf bezügliche für die Kommanditgesellschaft auf Aktien gegebene und durch Artikel 223 auf die Aktiengesellschaft übertragene Vorschrift des Art. 183 lautet:

„Wenn das Eigenthum der Aktie auf einen anderen übergeht, so ist dies unter Vorlegung der Aktie und des Nachweises des Ueberganges, bei der Gesellschaft anzumelden und im Aktienbuche zu bemerken.

Im Verhältnisse zu der Gesellschaft werden nur diejenigen als die Eigenthümer der Aktien angesehen, welche als solche im Aktienbuche verzeichnet sind.

Zur Prüfung der Legitimation ist die Gesellschaft berechtigt, aber nicht verpflichtet."

Hierdurch ist der Uebergang der Mitgliedschaft noch von einem vierten Erforderniss abhängig gemacht: von dem Besitz des Aktienbriefes.

Die Umschreibung darf nur erfolgen, wenn der, dem im Aktienbuch eingetragenen Aktionär ausgehändigte, Aktienbrief vorgelegt wird und zwar in einer den Besitzer des Papieres zur Disposition darüber befähigenden Beschaffenheit. Die durch die Fassung des Artikels 183 hervorgerufene Deutung, als ob von der Inskription nur die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte der Gesellschaft

gegenüber abhängig sei, so dass also Dritten gegenüber die Sukzession in die aktiven Bestandtheile der Mitgliedschaft schon in einem früheren Zeitpunkte: dem Erwerb des Papiers stattfinde, ist durch das Dogma von der Untheilbarkeit der Mitgliedschaft ausgeschlossen. Dagegen schliesst der Artikel 183 zwei andere Abweichungen von dem Inskriptionssystem des alten Stiles in sich: a. die Aushändigung von indossablen Aktienbriefen enthält nicht mehr den Vertragswillen, dass der blosse Erwerber des Papiers als Gesellschaftsmitglied betrachtet werden solle, sondern nur die im Voraus ertheilte Genehmigung zur Veräusserung der Mitgliedschaft mit dem Beding, dass der Erwerber des Papiers als Mitglied rezipirt werden solle, wenn er die Umschreibung im Aktienbuch nachsuchen würde. b. Es bedarf bei der Umschreibung keiner Mitwirkung des Veräusserers, wenn das die Umschreibung nachsuchende Individium sich durch Vorlegung des Aktienbriefes als dessen Eigenthümer legitimirt ist, wenn also die Umschreibung von Jemanden nachgesucht wird, der den Aktienbrief vorlegt und den Nachweis führt, dass er das Eigenthum des Papiers nach Maassgabe der Regeln des objektiven Rechts erworben habe.

Durch das System des H.G.B. wird dem Aktionär die Disposition über sein Eigenthum erleichtert, ohne dass die Gesellschaft dadurch beschwert würde, es verbleibt bei dem Dogma, dass jede Betheiligungsquote stets durch Eine Person nicht durch Mehrere repräsentirt werden müsse, so dass die Gesellschaft niemals aus mehr Mitgliedern bestehen kann, als die Anzahl der Aktien beträgt, in welche das registrirte Grundkapital zerlegt ist. Das objektive Merkmal für die Mitgliedschaft ist entweder der Besitz des Inhaberpapiers oder die Inskription. Zur Ausübung der Mitgliedschaftsrechte der Gesellschaft gegenüber gehört stets die Anzeige, dass man Mitglied geworden ist, entweder der Antrag auf Umschreibung im Aktienbuch oder die Vorlegung des Inhaberbriefes. Die Veräusserung vollzieht sich an der Peripherie des Unternehmens ohne jede Störung für den inneren oder äusseren Geschäftsbetrieb. Sowohl die Einrichtungen als das Vermögen der Gesellschaft bleiben unberührt. Auch das Grundkapital der Gesellschaft wird nicht geschwächt, indem die Veräusserung nicht voll eingezahlter Aktien nur eine Veränderung in der Person des Beitragspflichtigen hervorbringt. Der im Aktienbuch eingetragene Aktionär bleibt für die ausstehende Einlage bis zu dem Zeitpunkt der Inskription seines Nachfolgers verhaftet. Der Erwerber einer nicht voll gezahlten Inhaberaktie wird persönlich für die in seine Besitzzeit fallenden Ausschreibungen der Gesellschaft und den Gesellschaftsgläubigern gegenüber obligirt, wenn schon die Verfolgung des Anspruches auf Leistung der Einlage faktisch erschwert ist, sobald der Besitzer einer Inhaberaktie seinen Mitgenossen gegenüber in seiner Anonymität verharrt, seine Aktie behufs Theilnahme an der Generalversammlung nicht anmeldet u. s. w. Gesellschaften, welche nicht voll eingezahlte Inhaberaktien emittiren, sind daher häufig in Betreff der späteren Ausschreibungen auf den Weg der Kaduzirung angewiesen (§ 124).

§ 127.

9. Der Aktienbrief.

Die Autonomie der Genossen ist im Stande, Urkunden als Gesellschaftszeichen zu schaffen mit dem Beding, dass der Eigenthümer des Zeichens als Mitglied der Gesellschaft erachtet werden solle, aber es ist ihr die Macht versagt den Erwerb der Gesellschaftszeichen, sowie die dinglichen und persönlichen Rechtswirkungen des Erwerbes nach Aussen abweichend von dem allgemeinen Recht zu gestalten. Die Aktiengesellschaft ist nach beiden Richtungen hin privilegirt. Die für den Umlauf, die Vindikation und die Amortisation der Werthpapiere geltenden Grundsätze des modernen Rechts sind auf die Aktienbriefe ausgedehnt worden, obwohl denselben das Substrat des Werthpapiers: das abstrakte Zahlungsversprechen fehlt. Die Mitgliedschaft und das Miteigenthum sind in den Aktienbriefen verkörpert und zwar in einer Intensität, die verschieden abgestuft ist, je nach der Tragweite, welche nach dem Willen der Gesammtheit der Kreatoren des Papiers mit der Innehabung desselben verbunden sein soll. Die Gesammtheit der Aktionäre, also die Aktiengesellschaft als solche und als Universalversammlung, hat die rechtliche Befugniss in jedem Stadium des Unternehmens Aktienbriefe zu schaffen und solche jedem Mitgliede der Gesellschaft zu dessen Sondereigenthum und für den Zweck der Weiterbegebung an das Publikum zu übergeben (Ausgabe oder Emission von Aktien). Es ist der Wahl der Aktiengesellschaft überlassen, die Briefe entweder auf Inhaber oder auf Namen zu stellen. Der Gebrauch anderer Klauseln, wie z. B. der alternativen Inhaberklausel [1]) ist dagegen unzulässig. Die mit der Inhaberklausel versehenen Aktienbriefe werden im Verkehr wie Werthpapiere auf Inhaber behandelt, während die Aktienbriefe auf Namen als vermöge des Gesetzes [2]) indossabel, also als Ordrepapiere behandelt werden, auch wenn sie nicht mit der Ordreklausel versehen sind:

> Die Aktien auf Namen kennen, sofern der Gesellschaftsvertrag nicht ein anderes bestimmt, ohne Einwilligung der übrigen Gesellschafter auf andere Personen nicht übertragen werden. Die Uebertragung kann durch Indossament geschehen. In Betreff der Form des Indossaments kommen die Bestimmungen der Artikel 11—13 der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung zur Anwendung (Art. 182. 223).
>
> Für Papiere, welche an Ordre lauten, und welche durch Indossament übertragen werden können (Art. 301—304), gelten in Betreff der Form des

[1]) Tibi aut cui hoc scriptum in manu paruerit; vgl. Brunner, Die fränkisch-romanische Urkunde in d. Zeitschr. f. Handelsr. Bd. XXII S. 105, 119.

[2]) Zwei Arten von Werthpapieren sind nach dem System des H.G.B. gesetzlich indossabel, der Wechsel und die Namensaktie, die übrigen Handelspapiere, wie Anweisungen, Verpflichtungsscheine u. s. w. erlangen die Indossabilität nur durch den Willen des Ausstellers, d. h. wenn sie mit der Orderklausel versehen sind; vgl. O.H.G. vom 30. Oktober 1876 XXI S. 80 in der Anwendung auf von Aktiengesellschaften ausgegebenen Obligationen.

Indossaments, in Betreff der Legitimation des Inhabers und der Prüfung dieser Legitimation, sowie in Betreff der Verpflichtung des Besitzers zur Herausgabe dieselben Bestimmungen, welche die Artikel 11—13, 36 und 74 der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung in Betreff des Wechsels enthalten.

Sind die im Artikel 301 bezeichneten Papiere abhanden gekommen, so finden in Bezug auf die Amortisation die im Artikel 73 der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung gegebenen Bestimmungen Anwendung. Die Amortisation der im Artikel 302 bezeichneten Papiere richtet sich nach den Landesgesetzen.[3])

Der Erwerb des Inhaberbriefes erfolgt durch blosse Uebergabe wie bei beweglichen körperlichen Sachen, es gilt von dem deutschen Aktienbriefe dasselbe, was Artikel 22 des Bernischen Gesetzes über Aktiengesellschaften vom Jahre 1860 in Uebereinstimmung mit der Natur der Sache bestimmt:

Die Uebertragung von Aktien, welche auf jeden Inhaber lauten, geschieht vermittelst Uebergabe des Papiers von Hand zu Hand. Der wirkliche Besitzer eines solchen Papiers gilt als dessen rechtmässiger Eigenthümer und Niemand ist berechtigt, von ihm einen weiteren Nachweis über die Rechtmässigkeit seines Erwerbes zu verlangen. Vorbehalten bleiben jedoch

1. Das Recht des Strafgerichts und der Polizeibehörden, Papiere auf jeden Inhaber, deren Besitz der gegenwärtige Inhaber vermittelst eines Verbrechens oder Vergehens an sich gebracht hat, an denjenigen zurückzustellen, welchem sie widerrechtlich entzogen worden sind.

2. Die Eigenthumsklage eines früheren Inhabers des auf jeden Inhaber lautenden Papiers, sofern der Kläger beweist, dass ihm der Beklagte den Besitz des Papiers auf unredliche Weise oder gegen seinen Willen entzogen habe und noch zur Zeit der Anstellung der Klage Inhaber des nämlichen Papiers sei.

Der Erwerb des Eigenthums an Namenaktien erheischt ausser der Uebergabe des Papiers noch ein Giro in Blanko oder auf den Namen des Erwerbers (benanntes Giro). Der Erwerb der Mitgliedschaft vollzieht sich bei der Inhaberaktie im Augenblick des Papiererwerbens, während bei der Namensaktie noch die Umschreibung dazu kommen muss.[4]) Bis dahin bleibt die Mitgliedschaft suspendirt. Der Erwerber fährt fort Mitglied zu sein, ohne die Rechte ausüben zu können, weil er sich des Gesellschaftszeichens begeben hat. Der Inhaber des Papiers hat das Zeichen ohne die Mitgliedschaft. Der Inhaber des Papiers

[3]) In Betreff des Amortisationsverfahrens der Aktien kommen jetzt die bezüglichen Vorschriften der deutschen C.Pr.O. zur Anwendung §§ 838, 839, 843—845; vgl. Kommentar von Wilmowski u. Levy 1881 S. 955, 956, 960. Daude, Das Aufgebotsverfahren.

[4]) Diesem Unterschied ist auch in der D. C.P.O., wo die Aktien unter den Begriff Werthpapiere gestellt sind, in Betreff der Exekution in Aktien Rechnung getragen, indem § 723 vorschreibt, dass wenn Werthpapiere gepfändet werden, welche auf Namen lauten, der Gerichtsvollzieher durch das Vollstreckungsgericht ermächtigt werden kann, die Umschreibung auf den Namen des Käufers zu erwirken und die hierzu erforderlichen Erklärungen an Stelle des Schuldners abzugeben.

erlangt den Naturalbesitz der Mitgliedschaft ohne das Civileigenthum. Er ist berechtigt, die Umschreibung im Aktienbuch zu verlangen und bis dahin alle nicht an die Inskription gebundenen Vermögensrechte der Mitgliedschaft für seine Rechnung zu verwerthen. Auch der Veräusserer hat ein Interesse,[5]) den Erwerber zur Vornahme der Umschreibung zu zwingen, weil er bis dahin Schuldner der Gesellschaft wegen des noch ausstehenden Theils der Einlage bleibt vorbehaltlich seines Rückgriffsrechts [6]) gegen seinen Mitkontrahenten, gegen welchen die Gesellschaft auch kein selbständiges Klagerecht, sondern nur die abgeleitete Rückgriffsklage des alten Aktionärs hat.

Wenn die Uebergabe des Aktienbriefes zu anderen Zwecken als zur Bewerkstelligung der Sukzession in die Mitgliedschaft erfolgt ist (Verpfändung, Niessbrauch, Stellvertretung, Verwahrung, Auftrag zum Verkauf an Dritte) [7]) wird der Inhaber des Papiers seinem Vormann gegenüber nicht zum Mitglied der Gesellschaft. Er erhält nur die Rechte, die er haben soll. Aber der Geber muss alle Konsequenzen tragen, welche nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen mit der Weggabe eines auf Inhaber und Ordre lautenden Papieres Dritten gegenüber verknüpft sind. Die Verlustgefahr ist bei Inhaberaktien grösser als bei Namensaktien, weil die Vorschrift des Artikel 183: „zur Prüfung der Legitimation ist die Gesellschaft berechtigt aber nicht verpflichtet", die Verhinderung der Umschreibung von Namenaktien durch Anzeige des Verlustes an die Gesellschaft ermöglicht.

Durch die Ausstellung von Aktienbriefen werden die Aktienrechte nicht verändert. Der Aktienbrief bleibt das von der Gesammtheit der Genossen ausgestellte Anerkenntniss, dass sich eine bestimmte, durch den Zeichnungsschein [8]) festgestellte Persönlichkeit bei einem bestimmten Unternehmen mit einer bestimmten in der Ziffer des Aktienbriefes ausgedrückten Quote betheiligt habe. Was verändert wird, ist die Herrschaft über die Mitgliedschaftsrechte und deren Verkaufswerth. Der letztere wird durch die dem Papier verliehene Transportfunktion geschaffen oder erhöht, indem der Aktie damit die Börse als Markt eröffnet ist.

---

[5]) Vgl. über solche Streitfälle die Entsch. d. O.A.G. Dresden vom 24. Juni 1824, 27. August 1862, 24. Juni 1864 in Busch, Archiv Bd. VIII S. 152, Zeitschr. f. Handelsr. VIII S. 605 und Annalen Bd. VIII S. 410.

[6]) U. des Reichsgerichts vom 5. März 1881 III S. 162, wo die Frage, ob derjenige, welcher nicht voll eingezahlte Aktien einer Kommanditgesellschaft auf Aktien verkauft und später den Restbetrag in die Gesellschaftskasse einzahlt, Ersatz dieser Einzahlung von seinem Käufer fordern kann, bejahend entschieden ist.

[7]) Vgl. U. d. R.O.H.G. vom 10. April 1877 Bd. XXII S. 231 über die Pflicht des kaufmännischen Verkaufskommissionärs zur Benennung des Käufers der zum Verkauf übergebenen nicht voll eingezahlten Namenaktien dem Komittenten gegenüber.

[8]) Gesellschaftsvertrag, wenn nicht in separato gezeichnet worden, vgl. den Fall Entsch. O.H.G. Bd. XIX S. 228, wo das Statut statt der Aktienzeichnung das Anerkenntniss enthielt: „Das gesammte Aktienkapital ist bereits von den Gründern unter gegenseitiger solidarischer Verbindlichkeit gezeichnet, wie hierdurch in Gemässheit des Art. 209 des G. vom 11. Juni 1870 anerkannt wird."

Die Herrschaft wird vermindert, indem der Aktionär durch den Verlust des Papieres nicht nur der Ausübung der Mitgliedschaftsrechte bis zur durchgeführten Amortisation beraubt, sondern auch der Gefahr des Verlustes der Substanz der Mitgliedschaft an den redlichen Erwerber des Papiers ausgesetzt ist.[9])

Die Eigenschaft als Aktienbrief steht nur solchen Urkunden zu, welche alle wesentlichen im Gesetz an den Begriff „Aktie und Aktienbrief“ geknüpften Erfordernisse in sich vereinigen:

1. Es muss da sein: eine als Aktiengesellschaft registrirte Gesellschaft, in deren Statut die Ausgabe von Aktienbriefen auf Namen oder auf Inhaber vorgeschrieben ist. Der erst nach Registrirung gefasste Beschluss über nachträgliche Ausgabe von Aktienbriefen oder über die Umwandlung von Namensaktien in Inhaberbriefe oder umgekehrt, erfordert Einstimmigkeit der jeweiligen Aktionäre.

2. Jedem Aktienbrief muss als Gegenwerth eine rechtsgültige Zeichnung einer bestimmten Persönlichkeit gegenüber stehen (§ 116). Dies gilt sowohl für das ursprüngliche Grundkapital als für jede spätere Erhöhung, welche die Beobachtung der für die Registrirung des Grundkapitals vorgeschriebenen Förmlichkeiten und Normativvorschriften erheischt (§ 114), nämlich: a) es muss der Statutennachtrag in notarieller oder gerichtlicher Form verlautbart und registrirt sein, b) die neuen Aktien müssen von bestimmten Persönlichkeiten, also nicht von der Gesellschaft gezeichnet sein. Die gesetzlichen Prozentsätze müssen von jedem Zeichner eingezahlt sein, c) die Vollzeichnung sowie die Einzahlung der Prozentsätze müssen konstatirt und dem Registerrichter bescheinigt werden. Insofern enthält jede Erhöhung des Kapitals eine Neubildung,[10]) während dergleichen Operationen ihrem juristischen Gehalt nach entweder auf eine Erhöhung der Beiträge der alten Gesellschafter (wenn die neuen Aktien von den Inhabern der alten genommen werden) oder auf eine Aufnahme neuer Mitglieder (wenn die alten Aktionäre ihre Bezugsrechte nicht ausüben), hinauslaufen.

3. Die Ausgabe der Aktienbriefe darf nicht vor der Registrirung der Gesellschaft erfolgt sein: „die vor der Eintragung ausgegebenen Aktien oder Aktienantheile sind nichtig, die Ausgeber sind den Besitzern für allen auch die Ausgabe verursachten Schaden solidarisch verantwortlich“ (Art. 211 und §§ 114—115).

4. Das Präjudiz des Art. 211 gilt nach Art. 207a auch für Aktien oder Aktienantheile, welche auf einen geringeren als den gesetzlichen Minimalbetrag

[9]) Vgl. über die im Verhältniss zwischen Käufer und Verkäufer eintretenden Rechtsfolgen, wenn der Verkauf zu einer Zeit geschah, wo die Amortisation bereits durchgeführt war, oder wenn das Amortisationsverfahren noch schwebte, die Entscheidungen des Reichs.G. vom 27. Novbr. 1880, Zeitschr. f. d. gesammte Handelsr. XXVI S. 542, des R.O.H.G. vom 6. März 1872, 4. Oktober 1873, 8. Oktober 1874 V S. 234, XI S. 47, XIV S. 226 und die Entsch. d. O.T. Berlin vom 17. März 1859, Bd. 41 S. 35 und Archiv von Striethorst Bd. 23 S. 210, Bd. 33 S. 64.

[10]) Nissen, Ueber die Erhöhung des Grundkapitals einer Aktiengesellschaft in d. Zeitschr. f. Handelsr. XIX 1874 S. 396; Wiener in derselben Zeitschr. XXIV S. 489, 490. Keyssner im deutsch. Handels-Bl. 1875 Nr. 58 S. 314. — Ueber das Rechtsverhältniss in Betreff der Anzahlung auf die beschlossene Erhöhung des Grundkapitals, falls die Erhöhung wegen ungenügender Zeichnung unerreichbar geworden; vgl. Entscheidungen des O.H.G. XXV S. 21, XXII S. 218.

von 300 Mark für die Inhaberaktie sowie die Namenaktien der Versicherungsgesellschaften und 150 Mark für die Namensaktie der übrigen Aktiengesellschaften lauten. Auch die nicht voll eingezahlten Aktienbriefe fallen unter diesen Zwang.

5. Aktienbriefe auf Inhaber sollen erst nach Vollzahlung der Einlage ausgegeben werden. Die Sacheinlagen sind erst voll geleistet, wenn die Gesellschaft das Eigenthum auch Dritten gegenüber rechtsgültig erworben hat (§ 123). Eine Ausnahme gilt nur, wenn bereits 40 Prozent eingezahlt sind, alsdann ist es der Autonomie der Genossen gestattet, über den eingezahlten Theil der Einlage Aktienbriefe auf Inhaber zu emittiren und gleichzeitig die Zeichner von der persönlichen Verpflichtung zur Vollleistung zu liberiren (Art. 223 und § 124).

Verstösse wider diese absoluten Vorschriften entziehen den Aktienbriefen die denselben gesetzlich beigelegten Funktionen unbeschadet der besonderen Rechtsfolgen, welche im konkreten Falle zwischen dem Geber und Nehmer des Papiers hervorgebracht sein können. Der Veräusserer bleibt trotz der Weggabe des Papiers Mitglied der Gesellschaft und der Erwerber wird es nicht. Die nichtige Urkunde ist zum Gebrauch für die Bewerkstelligung der Sukzession in die Mitgliedschaft völlig untauglich. Diese Rechtsfolgen treten namentlich ein, wenn für Kapitalserhöhungen bestimmte Aktienbriefe vor rechtsgiltig erfolgter Zeichnung in Zirkulation gesetzt werden. [11]) Der Handel mit Rechten aus der Zeichnung von Aktien von in Gründung befindlicher Aktiengesellschaft untersteht dem allgemeinen Recht, indem es sich dabei nicht um eine Sukzession in eine Aktiengesellschaft, sondern um die Nachfolge in die Zeichnersozietät (§ 116) handelt. [12])

Eine bestimmte Form für die Aktienbriefe ist gesetzlich nicht vorgeschrieben. Wegen ihrer Eigenschaft als Urkunden enthaltend das Anerkenntniss der Mitgliedschaft, müssen sie die zum Wesen einer Urkunde erforderlichen Eigenschaften haben. Sie müssen mit der Unterschrift (nicht Faksimile) des Vorstandes oder eines im Statut hierzu designirten Vertreters versehen sein; im

---

[11]) z. B. wenn zum Zweck der Kapitalserhöhung gedruckte Aktienbriefe vor der Zeichnung und Registrirung rechtswidrig durch die Gesellschaftsorgane, sei es im Interesse der Gesellschaft oder im eigenen Interesse, ausgegeben oder durch andere Personen veruntreut werden; vgl. die in den Entsch. d. R.O.H.G. vom 30. Juni 1874 XIV S. 368, wo von den ausgefertigten im Besitz des Vorstandes befindlich gewesenen für die künftige Emission bestimmten Aktienbriefen eine Anzahl veruntreut und heimlich in Zirkulation gesetzt worden waren und vom 7. März 1879 Bd. XXV S. 22, wo die zur Erhöhung des Grundkapitals bestimmten 50prozentigen Quittungsbogen vor der gehörigen Zeichnung einem Bankier zur Distribution an die mit Bezugsrechten versehenen alten Aktionäre übergeben und von den letzteren zum Theil erhoben waren, ohne dass eine Zeichnung vorhergegangen wäre, — vgl. auch das Erkenntniss des Kassationshofs in Darmstadt vom 2. November 1859 in d. Zeitschr. f. Handelsr. III S. 548 über die rechtliche Nichtexistenz vor der gesetzlichen Einzahlung von einer Bank emittirten sg. Berechtigungsscheine.

[12]) Vgl. aber einen solchen Fall U. des O.A.G. Lübeck vom 28. November 1863 in d. Zeitschr. f. Handelsr. XVIII S. 286.

Text der Urkunde muss das Unternehmen, die Summe der Betheiligung und zweckgemäss auch die Ziffer des Grundkapitals enthalten sein. Die Stellung der Aktienbriefe auf einen aliquoten Theil des Unternehmens ist nach dem System des Geldnominalbetrages unzulässig. Die vor Vollzahlung der Einlagen ausgestellten Briefe werden Promessen, Interimsscheine, Quittungsbogen u s. w. genannt.

Zur Bequemlichkeit des Publikums und der Gesellschaftsverwaltung pflegen den Aktienbriefen gewisse zum Zweck der Erleichterung der Ausübung einzelner Mitgliedschaftsrechte dienende Legitimationspapiere, wie Bauzinsenkupons, Dividendenscheine, Talons beigegeben zu werden. Dividendenscheine dürfen nur dann auf eine bestimmte Summe lauten, wenn die Gesellschaft eine Dividendengarantie besitzt, nach welcher von dem Garanten jährlich ein bestimmter Zuschuss entrichtet werden muss (§§ 125. 123). Die Dividenden und Bauzinsenkupons [13]) sind regelmässig auf Inhaber gestellt. Die juristische Natur des Gewinnbezugsrechts des Aktionärs wird hierdurch nicht verändert, aber es entsteht die Frage, ob eine solche Massregel nicht einen vertraglichen Verzicht auf die Geltendmachung der, der Gesellschaft gegen den Einzelaktionär zustehenden Ansprüche, in sich schliesst (§ 125).

Die Beigabe von Dividendenscheinen erfolgt auf eine bestimmte Reihe (Serie) von Jahren. Talons oder Dividendenleisten heissen die zum Zweck der Empfangnahme einer neuen Serie von Dividendenscheinen beigegebenen Urkunden; es wird dadurch das Beschwerniss der Vorlegung des Stammdokumentes erspart. [14])

Die Notirung der Aktie im Kurszettel setzt die Einführung der Aktien an der Börse durch eine renommirte Firma voraus, wobei die Gesetzmässigkeit der Aktienbriefe die entsprechende Prüfung erfährt.

Der Börsenverkehr theilt die Aktien in drei Klassen: Eisenbahn-, Bank- und Industrie-Aktien. Das sich an den Rechtssatz, wonach dem Aktienkäufer nur die Nutzungen vom Tage des Kaufes ab gebühren, anschliessende Institut der sogn. Stückzinsen ist jetzt auch bei den Aktien der Industrie-Gesellschaften eingeführt. [15])

---

[13]) Vgl. über den Unterschied zwischen Dividendenscheinen und Zinskupons das U. des O.A.G. Dresden vom 20. März 1865 VIII S. 449, 489 u. Zeitschr. f. Handelsr. XI S. 592. Keyssner in Busch Archiv XXXII S. 99 ff.

[14]) Ueber die rechtliche Natur des Talons vgl. d. U. vom 10. Juni 1873 X S. 313 und vom 9. März 1875 XVII S. 31 und das U. d. R.G. I Civil-Senat vom 12. Februar 1881 in der Beilage zum deutschen Reichsanzeiger vom 27. April 1881.

[15]) Bei den Industriepapieren herrschte die Usance, dass sie so lange in das neue Geschäftsjahr hinein incl. Dividendenscheinen des Vorjahrs gehandelt werden, bis die Festsetzung der Dividende erfolgt ist und der Dividendenschein selbst zur Zahlung präsentirt werden kann, während bei Eisenbahnen und Banken die Börse schon an dem Tage, mit welchem ein neues Geschäftsjahr beginnt, also gewöhnlich am 1. resp. 2. Januar, den Dividendenschein abtrennt und den Kurs des kuponlosen Papieres nach der Dividende, welche für das abgelaufene Geschäftsjahr voraussichtlich vertheilt würde, normirt und darnach im Kurszettel notirt. Dabei werden und zwar selbst solchen Effekten, welche

Die in der neueren Zeit häufig vorkommenden Aktien mit Vorzugsrechten werden im Gegensatz zu den Stammaktien jetzt „Stammprioritäten" genannt, während die von den Aktiengesellschaften ausgegebenen Obligationen auf Inhaber die Bezeichnung als „Prioritäten" führen. Zuweilen ist mit den Prioritäten die Theilnahme an der Generalversammlung und am Gewinn des Unternehmens, sei es statt der festen Verzinsung oder daneben, verbunden. [16]) Die Rechtsverhältnisse der Prioritäten entbehren noch der reichsgesetzlichen Regelung. [17])

---

keine Dividende zahlen, meist usanzemässige laufende Zinsen nach einem bestimmten Zinsfuss berechnet, welche dem Verkäufer für die Zeit vom letzten Zinstermin bis zum Kauftage, diesen selbst jedoch nicht mitgerechnet, vergütet werden. An dem Tage, an welchem die Börse den Dividendenschein abtrennt (1. oder 2. Januar) und die Dividende, welche für das abgelaufene Geschäftsjahr auf den Dividendenschein dieses Jahres voraussichtlich entfallen dürfte, abschätzt, wird dieser muthmassliche Betrag der Dividende, soweit er die usanzemässigen Börsenzinsen übersteigt, vom Kurse abgezogen, dagegen das anzunehmende Minus (also der Betrag, um welchen die usanzemässigen Zinsen den abgeschätzten Dividendenbetrag übersteigen) dem Kurse zugeschlagen. Auf diese Weise kommt es, dass Aktien, die gar keine Dividende zahlen, jedoch mit 4 % usanziellen Zinsen berechnet werden, am 2. Januar um 4 % im Kurse höher stehen als am 31. Dezember des Vorjahrs. Steht nämlich am 31. Dezember der Kurs solcher Aktien etwa 30, so ist die Aktie also am selben Tage mit Einschluss der vom vorangegangenen 1. Januar ab aufgelaufenen 4 % Zinsen im Ganzen 34 % werth. Da der folgende 1. Januar aber der Kurstermin ist, von dem ab die neuen Zinsen zu laufen beginnen, mithin am 1. Januar des neuen Jahres noch gar keine Zinsen auf dem Papier haften, so muss der Dezemberkurs von 30 % am 1. resp. 2. Januar um 4 % höher notirt werden, wenn die Aktie noch ebensoviel werth sein soll, wie am 31. Dezember. Ist dagegen späterhin vielleicht bei Beginn eines neuen Jahres die Börse der Meinung, dass die betreffende Aktiengesellschaft für das abgelaufene Jahr eine kleine Dividende vertheilen werde, so wird am 2. Januar der Kurs der Aktien um so viel höher notirt werden, wie die zu zahlende Dividende voraussichtlich hinter den usanzemässigen 4 % Zinsen zurückbleiben wird. — Vgl. Saling, Börsenpapiere (Berlin 1868 S. 37, 323, zweite Aufl. I S. 29 f. — Swoboda, Taschenbuch für Aktienwesen bei Börsenoperationen (Leipzig und Bern 1878 S. 87—110. Die Berechnung von Minuskursen (Zeitschr. f. d. gesammte Handelsr. XX S. 546) ist beseitigt.

[16]) Vgl. Goldschmidt, handelsrechtliche Erörterungen über den Lucca-Pistoja-Aktien-Streit, (Frankfurt 1859) nebst Nachtrag 1861 und weiter über diesen Streit Zeitschr. f. Handelsr. II S. 155, III S. 135, V S. 250, XII S. 325, am letzteren Ort die Kritik von Goldschmidt über Ihering, der Lucca-Pistoja-Aktien-Streit (1867 besonderer Abdruck aus dem Archiv für praktische Rechtswissenschaft).

[17]) Vgl. über die Emission von Obligationen der Aktiengesellschaften Art. 68—70 des Belgischen Gesetzes vom 18. Mai 1873; den Inhabern der Obligationen ist der Besuch der Generalversammlung mit konsultativem Votum eingeräumt, weil die Obligationäre auch die wichtigsten Interessenten einer Aktiengesellschaft und man ihnen volle Gelegenheit geben müsse, ausser dem Konkurse ihre Rechte gegen die einzelnen Aktionäre, soweit diese noch einzahlungspflichtig sind, mit ausreichender Information geltend zu machen; Beilageheft zu XXI der Zeitschr. f. das gesammte Handelsr. S. 171.

D. Die Beendigung der Aktiengesellschaft.

§ 128.

1. Die Auflösung derselben.

Auflösung der Aktiengesellschaft und Auflösung des Aktiengesellschaftsvertrages sind identisch. Die allgemeinen Grundsätze über Auflösung von lästigen Verträgen und von Gesellschaftsverträgen insbesondere finden auf die Aktiengesellschaft entsprechende Anwendung. So bleiben die Veränderungen, welche in der Person der Kontrahenten vorgehen, wie Tod, Entmündung u. s. w. (§ 123), auf das Schicksal des Vertrags ohne Einfluss. Das dem römischen Sozius und dem modernen Handelsgesellschafter zustehende Kündigungsrecht gehört zu den Gegenständen, über welche die Gesammtheit der Theilnehmer als Generalversammlung, theils nach freiem, theils nach billigem Ermessen, zu entscheiden hat (§ 120, 121); während der vertragsmässig nicht vorgesehene Ausschluss des Aktionärs aus der Gesellschaft, wegen dessen persönlichen Verhaltens (Infamie, Feindseligkeiten gegen die Gesellschaft) nicht statthaft ist. Dem durch das positive Recht statuirten Ausschluss wegen Säumniss in der Erfüllung der Beitragspflicht (Kaduzirung der Aktien, § 124) entspricht das Recht des Aktionärs unter Umständen seine Abschichtung (§ 124) zu verlangen, falls seine Sonderrechte von den Mitgenossen gekränkt werden und deren Wiederherstellung in anderer zweckgemässen Weise sich nach Lage der Sache nicht bewerkstelligen lässt. Weitere Schwächungen des Grundvermögens können vorkommen, wenn der Zeichner vor Vollleistung der Einlage in Konkurs geräth (§ 124), oder wenn die Vollzeichnung des Aktienkapitals zwar konstatirt, aber insofern aktuell nicht stattgefunden hat, als Zeichnungsscheine bei der Registrirung verwendet worden sind, welche einen rechtlichen Zwang des Zeichners zur Leistung der Einlage nicht begründen (§ 116).

Im Artikel 242 „Die Aktiengesellschaft wird aufgelöst 1. durch Ablauf der im Gesellschaftsvertrage bestimmten Zeit; 2. durch einen notariellen oder gerichtlich beurkundeten Beschluss der Aktionäre; 3. durch Eröffnung des Konkurses. Wenn die Auflösung einer Aktiengesellschaft aus anderen Gründen erfolgt, so finden die Bestimmungen dieses Abschnitts ebenfalls Anwendung.“ sind die wichtigsten Aufhebungsgründe des Vertrages hervorgehoben. Die Aufhebungsgründe lassen sich unter drei Rubriken bringen:

1. Aufhebung des Vertrages durch freien Willen der Kontrahenten, mutuo dissensu und Ablauf der Zeit. Ein besonderer Auflösungsbeschluss ist nothwendig, wenn die Dauer des Vertrages nicht besonders festgesetzt ist, oder wenn die Auflösung vor Ablauf des vertragsmässigen Endtermins gewollt wird. Mit Ablauf der bestimmten Zeit des im Statut festgesetzten Endtermins erlischt der Vertrag von selbst, ohne dass durch die Fortsetzung der Geschäfte eine stillschweigende Prolongation, wie bei der offenen Handelsgesellschaft, bewirkt wird.

Die Fortsetzung [1]) der Gesellschaft über den Endtermin hinaus durch Beschluss der Universalversammlung ist an sich zulässig, er muss jedoch vor dem Endtermin gefasst und registrirt sein.

2. Aufhebung wider Willen der Betheiligten durch äusseren Zwang: durch Eröffnung des Konkurses (§ 130) und Einziehung durch die Staatsgewalt. Vermöge des jus eminens des Staates ist das Vermögen der Aktiengesellschaft im Ganzen wie im Einzelnen zunächst der Expropriation unterworfen und ausserdem unterliegen die Aktiengesellschaften als Vereine dem staatlichen Oberaufsichtsrecht und die konzessionirten Aktiengesellschaften (§ 135) ausserdem noch den mit der ertheilten staatlichen Konzession verbundenen Beschränkungen. Die auf das staatliche Auflösungsrecht bezüglichen Vorschriften der Einführungsgesetze des deutschen Handelsgesetzbuchs, wie z. B. der Art. 12 und § 5 des für alle Landestheile der Preussischen Monarchie geltenden Einführungsgesetzes vom 24. Juni 1861

> Wenn eine Aktiengesellschaft sich rechtswidriger Handlungen oder Unterlassung schuldig macht, durch welche das Gemeinwohl gefährdet wird, so kann sie aufgelöst werden, ohne dass deshalb ein Anspruch auf Entschädigung stattfindet. — Die Auflösung kann in diesem Falle nur durch gerichtliches Erkenntniss auf Betreiben der im § 2 bezeichneten Behörde (s. b. Art. 240, Zus. 2a) erfolgen. Als das zuständige Gericht ist dasjenige anzusehen, bei welchem die Gesellschaft ihren ordentlichen Gerichtsstand hat. (Art. 213 des H.G.B.)

haben auch nach Einführung der Novelle von 1870 ihre gesetzliche Gültigkeit behalten.

3. Aufhebung aus in dem Rechtsorganismus liegenden Gründen, die aus dem auch für die Aktiengesellschaft nicht ausser Anwendung gesetzten Dogma [2]) fliessen, wonach ein Rechtsgeschäft ungiltig wird, wenn der Mangel eines wesentlichen Erfordernisses entweder von Anfang seine wirksame Errichtung ausschliesst, oder so es ohne einen solchen Mangel errichtet worden ist, sein Fortbestehen hindert.[3]) So erlischt der Vertrag von selbst, wenn alle Aktien in einer Hand vereinigt sind, sei es durch freihändigen Ankauf oder im Wege der Amortisation. Die Fortsetzung der Gesellschaft durch einen Generalaktionär ist, wenn die

---

[1]) Vgl. über die Streitfrage, ob die Minorität an den nicht von der Universalversammlung, sondern nur von der Mehrheit der Generalversammlung gefassten Beschluss gebunden ist § 121.

[2]) Puchta, Pandekten § 67, Windscheid, Pandekten Bd. I § 82.

[3]) Durch die auch von dem R.G. U. vom 30. Juni 1880 Bd. II S. 130, U. vom 18. Septbr. 1880, Annalen der Rechtsprechung, herausgegeben von Braun u. Blum II S. 463 gebilligte Praxis (§ 115) über die rechtliche Wirkung der Verletzung der über die Gründung von Aktiengesellschaften gegebenen Vorschriften des positiven Rechts im Gegensatz zu den französischen Nullitätssystem werden Fälle, wo die Auflösung der Gesellschaft wegen Mängel der Errichtung stattfindet, selten vorkommen. — Verschieden von der Nullität oder Rechtsungültigkeit des Aktiengesellschaftsvertrages ist der Fall der Anfechtbarkeit der Rechtsverbindlichkeit der Zeichnung; dem Recht des Zeichners ist Genüge geschehen, wenn er von seiner Verpflichtung entbunden wird, so dass es zur Durchführung eines solchen Anspruches der Ungültigkeitserklärung der Gesellschaft nicht bedarf.

Aktiengesellschaft ein Vertragsverhältniss ist, eben so wenig zulässig wie die Errichtung des Aktiengesellschaftsvertrages durch einen Generalaktionär. Die (streitige)[4]) Frage über die Fortdauer der Aktiengesellschaft bei Vereinigung der Aktien in einer Hand hat eine geringe, praktisch rechtliche Bedeutung, weil der Generalaktionär stets in der Lage sein wird, durch Vertheilung von einigen Aktien an andere Personen der Auflösung vorzubeugen. Die Bedeutung der Frage ist aber eine eminent wirthschaftliche, indem es sich hierbei um das Problem handelt, ob die Mobilisirung der im Handel und in Industrie angelegten Werthe sammt dem Privilegium der beschränkten Haftpflicht zu generalisiren, oder als Mittel zur Ermöglichung des Zustandekommens grosser Unternehmungen und Werke, auf die grossen Assoziationen zu beschränken (§ 111). Durch die Aufhebung des Aktiengesellschaftsvertrages erlischt die produktive Seite der Aktiengesellschaft. An Stelle des bisherigen Gesellschaftszweckes: Durchführung eines Unternehmens zum Zweck der Herauswirthschaft einer Dividende tritt die Abwickelung der geschaffenen vermögensrechtlichen Beziehungen: Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger und Vertheilung des restlichen Vermögens unter die Miteigner. Der Sozietätsvertrag mit seinen Wirkungen für die Zukunft ist untergegangen, die produktive Sozietät verwandelt sich in eine distributive Vermögensgemeinschaft: communio incidens, deren Gegenstand auf das Abwickelungswerk des durch die Sozietät geschaffenen Vermögensstandes beschränkt ist. Die Abwickelung erfolgt nach den Normen unter deren Herrschaft das Vertragsverhältniss begründet worden ist und zwar sowohl nach der Seite des subjektiven als des objektiven Rechts hin. Für die Rechte und Pflichten der bisherigen Aktionäre unter einander und den Gesellschaftsgläubigern gegenüber bleibt das Statut maassgebend. Die hierbei zur Anwendung zu bringenden objektiven Rechtsnormen sind nicht das gemeine Recht, sondern das Aktiengesellschaftsrecht: das System der Generalversammlung, die Beschränkung der Haftpflicht, die Befreiung der gemeinsamen Bevollmächtigten von jeder persönlichen Verbindlichkeit, die Erleichterung der Sukzession in die Mitgliedschaft u. s. w. Die Herrschaft des Rechts, unter welchem die Aktiengesellschaft registrirt worden, ist jedoch auf das Abwickelungswerk beschränkt, so dass der Abschluss neuer darüber hinaus gehender Geschäfte unter die Domaine des allgemeinen Rechts fällt. Durch die Auflösung tritt die Aktionärschaft in den Liquidationszustand, die Liquidation wird entweder durch die Gemeinschafter selbst (freiwillige Liquidation, § 129) oder durch den Staat besorgt (Konkurs § 130). Im ersteren Falle dauert die Organisation entsprechend fort: der Vorstand wird

---

[4]) Vgl. Renaud, Das Recht der Aktiengesellschaften § 89, Bekker, Beiträge zum Aktienrecht in d. Zeitschr. für das Handelsrecht XVII S. 391, 395. Wiener in derselben Zeitschr XXI S. 610; Molle, Die Lehre von Aktiengesellschaften (1875) § 46 und den durch O.A.G. Darmstadt vom 4. November 1873 entschiedenen Fall, betreffend den Zwang zur Eintragung einer Kommanditgesellschaft auf Aktien in das Handelsregister, obschon der persönlich haftende Gesellschafter dagegen geltend machte, dass er sämmtliche Aktien angekauft habe und dass damit die Gesellschaft faktisch aufgehoben sei in d. Zeitschr. f. Handelsr. XXII S. 315.

zum Liquidationsbevollmächtigten, der Aufsichtsrath behält die Aufsicht über den Vorstand und die ihm übertragene Vertretung der Gesammtheit dem Liquidationszweck angepasst, die gemeinsamen, dem Vorstand und Aufsichtsrath nicht zustehenden Angelegenheiten werden durch die Generalversammlung und soweit die Kompetenz der Generalversammlung nicht begründet ist, durch die Universalversammlung erledigt. Durch den Konkurs wird dagegen die Organisation in gewisser Beziehung zerstört, das Eigenthum des Vermögens verbleibt zwar den vormaligen Aktionären, die Verwahrung, Konstituirung, Versilberung, Verwaltung und Vertheilung des Vermögens gehen aber auf die Gläubigerschaft über, die diese Funktionen theils unmittelbar (Gläubigerversammlung, Gläubigerausschuss) theils durch das Organ des Konkursverwalters unter Aufsicht und Beistand des Konkursgerichts ausübt. Die Eigner des im Konkurse befangenen Aktiengesellschaftsvermögens kommen nur zur Sprache, wo es sich nach den Vorschriften der Konkursordnung um Zuziehung des Gemeinschuldners oder um Abschluss eines Akkordes und um Einstellung des Verfahrens handelt, oder wenn nach Befriedigung der Konkursgläubiger Vermögen noch übrig bleibt. Für die Thätigkeit eines Vorstandes oder Liquidators ist beim Konkurs der Aktiengesellschaft kein Raum gelassen, wohl aber ist die Vertretung der Gesammtheit durch mit dem Konkurszweck entsprechenden Vollmachten ausgerüstete Gesammtbevollmächtigte und die Fortdauer des Systems der Generalversammlung nothwendig und zweckmässig.[5])

Die Fortdauer der Organisation schliesst, soweit es der Liquidationszweck erheischt, die Fortdauer der Kollektivsphäre und die Beschränkungen der Zwecksatzung in sich. Erst mit definitiver Zerstörung der Organisation treten diese Nachwirkungen des Aktiengesellschafts-Verbandes völlig ausser Kraft. Mit dem Wegfall der zwischen den Aktionären unter einander und den Gesellschaftsgläubigern eingeschobenen Schranken treten sich die bis dahin durch Mittelspersonen berechtigt und verpflichtet gewordenen Subjekte persönlich und individuell gegenüber. Die formale Behandlung hört auf, das materielle Recht tritt voll und uneingeschränkt ein. Die bei der Liquidation unvertheilt gebliebenen aber der Gemeinschaft erworbenen Sachen und Rechte fallen in das nach den allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilende Miteigenthum der zur Zeit der Liquidation vorhandenen vormaligen Aktionäre und deren Rechtsnachfolger zurück. Dies gilt auch von Regressansprüchen gegen die vormaligen Gesellschaftsorgane, wenn solche von der Aktiengesellschaft wirklich erworben waren (§ 122). Die

[5]) O.G. Wien vom 19. Januar 1875 (Gerichtshalle S. 38). Mit der Auflösung der Aktiengesellschaft hat auch ihr bis dahin bestellt gewesener Vorstand zu fungiren aufgehört. Es sind daher in all jenen Angelegenheiten, in welchen im Falle des Konkurses die Beiziehung des Gemeinschuldners angeordnet oder statthaft ist (wie z. B. bei Realisirung zweifelhafter Aktivforderungen, Verkauf von Immobilien aus freier Hand,) Namens der Gesellschaft nicht deren bisher bestellter Vorstand, sondern sämmtliche Aktionäre der letzteren vorzuladen. — Vgl. dag. Beschl. d. R.O.H. vom 5. Februar 1875 XVI S. 284, über den Fortbestand der Organisation einer Kommanditgesellschaft auf Aktien, insbesondere des Organs der Generalversammlung für die verbleibenden Zwecke der Gesellschaft, soweit die Natur des Konkurses es zulässt, insb? betr. Akkordschliessung.

bis dahin durch die Funktion der Gesellschaftsorgane verschobene Auseinandersetzung zwischen den Aktionären: die Ausgleichung, wenn ein Aktionär sich dadurch für prägravirt hält, weil das Prinzip der Gleichheit verletzt und seine Heranziehung zu den Gesellschaftslasten in einem stärkeren Maasse oder seine Betheiligung bei den Gesellschaftsvortheilen im geringen Maasse, als dies bei Mitgenossen geschehen, bemessen worden, erfolgt nach den Grundsätzen der actio pro socio.

Das selbständige während der Dauer der vollen Organisation ruhende Klagrecht der Gesellschaftsgläubiger erwacht, so dass den bei der Liquidation leer ausgegangenen Gläubigern das Recht zusteht, ihre Forderungen innerhalb der gesetzlichen Verjährungsfrist individuell gegen vormalige Aktionäre insoweit geltend zu machen, als ihnen der Nachweis gelingt, dass der in Anspruch genommene Aktionär seiner Beitragspflicht nicht in dem gesetzlich vorgeschriebenen Umfange genügt hat und dieser Nachweis wird in Betreff dessen, was der Einzelaktionär bei der Vertheilung des Vermögens empfangen hat, in Höhe dieses Betrages als erbracht anzusehen sein.

Dem Aktionär, welcher durch Geltendmachung eines solchen Nachforderungsrechts über den ihm nach dem Gesellschaftsvertrage zur Last fallenden Antheil hinaus zur Befriedigung der Gesellschaftsschulden beizutragen gezwungen worden ist, bleibt der Regress an seine vormaligen Genossen offen. Kein Aktionär hat im Verhältniss zu seinem Mitaktionär auch nachher mehr zu kontribuiren, als er hierzu verpflichtet sein würde, wenn die übergegangene Gesellschaftsschuld während der Dauer der Gesellschaft oder Liquidation getilgt worden wäre.

Die Unterlassung der durch Art. 243

> Die Auflösung der Gesellschaft muss, wenn sie nicht eine Folge des eröffneten Konkurses ist, durch den Vorstand, bei Ordnungsstrafe, zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden; sie muss zu drei verschiedenen Malen durch die hierzu bestimmten öffentlichen Blätter (Art. 209, Ziff. 11) bekannt gemacht werden. Durch diese Bekanntmachung müssen zugleich die Gläubiger aufgefordert werden, sich bei der Gesellschaft zu melden.

vorgeschriebenen, in Konkursfall von Amtswegen erfolgenden Eintragung[6]) der Auflösung in das Handelsregister hat nach den Grundsätzen des Handelsgesetzbuchs (Art. 25. 46. 129) zur Folge, dass die Auflösung gutgläubigen, Dritten nicht zum Schaden gereichen darf.

Die Handelsbücher der aufgelösten Gesellschaft sind nach Art. 145, Abs. 2 an einem von dem Handelsgericht zu bestimmenden sicheren Orte zur Aufbewahrung auf die Dauer von 10 Jahren niederzulegen.

§ 129.

2. Die freiwillige Liquidation.

Artikel 244.

Die Liquidation geschieht durch den Vorstand, wenn nicht dieselbe durch den Gesellschaftsvertrag oder einen Beschluss der Aktionäre an andere Per-

[6]) Konkurs-O. § 104 und die Ausführungsgesetze hierzu, z. B. Preussen G. vom 6. März 1879 § 14.

sonen übertragen wird. Es kommen die bei der offenen Handelsgesellschaft über die Anmeldung und das Rechtsverhältniss der Liquidationen gegebenen Bestimmungen auch hier zur Anwendung, mit der Maassgabe, dass die Anmeldungen behufs der Eintragung in das Handelsregister durch den Vorstand zu machen sind.

Die Bestellung der Liquidatoren ist jederzeit widerruflich.

Artikel 245.

Das Vermögen einer aufgelösten Aktiengesellschaft wird nach Tilgung ihrer Schulden unter die Aktionäre nach Verhältniss ihrer Aktien vertheilt.

Die Vertheilung darf nicht eher vollzogen werden, als nach Ablauf eines Jahres von dem Tage an gerechnet, an welchem die Bekanntmachung in den hierzu bestimmten öffentlichen Blättern (Art. 243) zum dritten Male erfolgt ist. In Ansehung der aus den Handelsbüchern ersichtlichen oder in anderer Weise bekannten Gläubiger und in Ansehung der noch schwebenden Verbindlichkeiten und streitigen Forderungen kommen die bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien gegebenen Bestimmungen (Art. 202, Abs. 2 u. 3) zur Anwendung. Mitglieder des Vorstandes und Liquidatoren, welche diesen Vorschriften entgegenhandeln, sind persönlich und solidarisch zur Erstattung der geleisteten Zahlungen verpflichtet.

Mit der Auflösung erlischt die Befugniss des Vorstandes zur Vertretung der Gesellschaft, doch liegt ihm die Herbeiführung der Registrirung des Liquidationszustandes und der bestellten Liquidatoren als gesetzliche Pflicht ob, so dass die nicht mit der Liquidation betrauten Mitglieder des Vorstandes erst durch die Erfüllung dieser Pflicht von jeder weiteren Verantwortlichkeit, den Gesellschaftsgläubigern gegenüber, frei werden.

Herr des Liquidationsgeschäfts bleibt die Gesammtheit der Aktionäre. Die für das Rechtsverhältniss des Vorstandes zu den Aktionären geltenden Grundsätze finden für das Rechtsverhältniss des Liquidators analoge Anwendung. Der Liquidator ist Bevollmächtigter der Gesammtheit, deren einstimmig oder im Wege eines Generalversammlungsbeschlusses ertheilten Weisungen für ihn bindend sind.

Der in Funktion gebliebene Aufsichtsrath bleibt, wie das Ungarische H.G.B. § 203 hervorhebt, zur Ueberwachung der Liquidatoren berechtigt und verpflichtet. Die Anstellung und der Widerruf [1]) der gewählten Liquidatoren, sowie die oberste Entscheidung für alle zum laufenden Liquidationsgeschäft gehörigen Angelegenheiten ruhen bei der Generalversammlung, zu deren Kompetenz auch solche Gegenstände gehören, für welche nach dem Wesen der offenen Handelsgesellschaft Einstimmigkeit aller Gesellschafter vorgeschrieben ist, wie die Bestimmung, ob Immobilien aus freier Hand [2]) oder durch öffentliche Versteigerung zu versilbern (Art. 137, Abs. 2).

[1]) O.H.G. vom 23. März 1875 XVII S. 44.

[2]) U. d. Reichsgerichts vom 28. Januar 1881 Bd. III S. 54. Der Fall war: von der Generalversammlung war die Liquidation und ausserdem einstimmig noch beschlossen worden, die Befugniss der Liquidatoren insofern zu beschränken, als eine Veräusserung

Die Universalversammlung tritt nur in ausserordentlichen Fällen ein, wo es sich um Abänderung der gesetzlichen oder statuarischen, für das Liquidationsgeschäft gegebenen Grundsätze oder um einen Eingriff in die Sonderrechte des Einzelaktionärs handelt. Der Einzelaktionär kommt auch bei der Liquidation bei allen zur Kompetenz der Generalversammlung gewiesenen Angelegenheiten nur als Theil der Gesammtheit in Betracht, er ist zur selbständigen Geltendmachung der gemeinsamen Rechte nicht befugt. Die Liquidatoren haben deshalb nur der Gesammtheit, nicht dem Einzelaktionär Rechenschaft zu geben, ihre Absetzung kann nur durch einen Beschluss der Gesammtheit und nicht auf Betreiben einzelner Aktionäre durch den Richter ausgesprochen werden (XVII S. 44 vom 23. März 1875).

Der Geschäftskreis der Liquidatoren ist durch das Wesen des Abwickelungsgeschäfts bestimmt.

Art. 137. Die Liquidatoren haben die laufenden Geschäfte zu beendigen, die Verpflichtungen der aufgelösten Gesellschaft zu erfüllen, die Forderungen derselben einzuziehen und das Vermögen der Gesellschaft zu versilbern; sie haben die Gesellschaft gerichtlich und aussergerichtlich zu vertreten; sie können für dieselbe Vergleiche schliessen und Kompromisse eingehen. Zur Beendigung schwebender Geschäfte können die Liquidatoren auch neue Geschäfte eingehen.

Die Veräusserung von unbeweglichen Sachen kann durch die Liquidatoren ohne Zustimmung der sämmtlichen Gesellschafter nicht anders, als durch öffentliche Versteigerung bewirkt werden.

Die Feststellung der Passivmasse wird durch die mit der Registrirung der Auflösung der Aktiengesellschaft verbundene öffentliche Aufforderung der Gesellschaftsgläubiger (Art. 243) und durch die Vorschrift des Art. 202, Abs. 2: „Die aus den Handelsbüchern der Gesellschaft ersichtlichen oder in anderer Weise bekannten Gläubiger sind durch besondere Erlasse aufzufordern, sich zu melden; unterlassen sie dies, so ist der Betrag ihrer Forderung gerichtlich niederzulegen," vorbereitet. Die Passivmasse gilt für abgeschlossen nach Ablauf des sog. gesperrten Jahres des Art. 214, beginnend mit dem Tage der Ausgabe des Blattes, in welchem die dritte Bekanntmachung der Auflösung (Art. 243) erfolgt ist.[3]) Auf Grund der gewonnenen Uebersicht hat die Gesellschaft die Wahl, ob die Vertheilung des Vermögens bis zur wirklichen Be-

---

des Gesellschaftsgrundstücks an die Genehmigung der Generalversammlung gebunden sein soll. Das Grundstück wurde aber aus freier Hand verkauft und diesem Verkauf durch die Mehrheit der Generalversammlung die Genehmigung ertheilt, obwohl ein Aktionär einen höheren Preis geboten. Der Widerspruch des letzteren wurde zurückgewiesen, weil der Verkauf von Grundstücken zu den inneren Gesellschaftsangelegenheiten gehöre, für welche auch während der Liquidation die Mehrheit der Generalversammlung kompetent sei. — Vgl. Keyssner in Busch, Archiv Bd. 31 S. 318: die Zustimmung kann im Voraus als Vollmacht ertheilt werden, sie gehört aber nicht in das Handelsregister.

[3]) Bei mehreren Blättern vom zuletzt ausgegebenen gerechnet; dieser Tag ist der erste Tag der Frist, vgl. Keyssner, H.G.B. S. 233 Not. 3.

friedigung der Gläubiger auszusetzen, oder ob die Vertheilung schon vor Abwickelung sämmtlicher Passiva vorzunehmen. Im letzteren Falle sind gemäss Art. 202 alle noch schwebenden Verbindlichkeiten und streitigen Forderungen, ingleichen die Ansprüche der bekannten, aber sich nicht gemeldet habenden Gläubiger, z. B. Banknoten und Schuldobligationen au porteur durch gerichtliche Niederlegung oder in sonstiger angemessener Weise sicher zu stellen. Auch in Betreff der auf den Grundstücken der Aktiengesellschaft haftenden Hypotheken ist die Befolgung dieser Vorschrift erforderlich, wenn nicht die Hypothekengläubiger[4]) sich zu einer Exnexuation der Aktiengesellschaft aus der persönlichen Verbindlichkeit entschliessen.

Dieses gesetzlich der Aktiengesellschaft verliehene Wahlrecht enthält die Anerkennung des Grundsatzes, dass durch die Liquidation die Fälligkeit der Gesellschaftsverbindlichkeiten nicht verändert wird. Die Gläubiger, deren Forderungen fällig sind, sind an den Gang der Liquidation nicht gebunden, sie sind sofort aus den bereitesten Mitteln zu befriedigen. Die Bezahlung der befristeten Ansprüche, wie namentlich der von der Aktiengesellschaft ausgegebenen, einer planmässigen Amortisation unterliegenden Obligationen[5]) bleibt bis zur Fälligkeit ausgesetzt, ohne dass den Gläubigern die Forderung der sofortigen Zahlung unter Abzug eines Diskonts[6]) gegeben wäre.

Die Pflicht zur Deponirung und Sicherstellung solcher Ansprüche tritt nur ein, wenn zur Vertheilung des Vermögens vor der Fälligkeit geschritten wird, aber nicht wenn die Aussetzung der Vertheilung gewählt ist. Das Gesetz will die Versilberung des Vermögens in angemessener und den Interessen der Aktionäre Rechnung tragenden Weise ermöglichen, wie dies bei den Berathungen der Nürnberger Konferenz als Leitmotiv betont worden ist. „Auf den Ein-

[4]) Molle, Die Lehre von Aktiengesellschaften S. 159.

[5]) R.O.H. vom 19. Novbr. 1878 XXIV S. 243.

[6]) In der belgischen Gesetzgebung (Art. 17, 118 des Ges. vom 18. Mai 1873), die Zahlung nicht fälliger Forderungen oder deren Sicherstellung der Wahl der Liquidatoren überlassen ist, wird der Diskontoabzug besonders statuirt; Art. 69 des Gesetzes enthält ausserdem besondere Vorschriften für die Rückzahlung der von Aktiengesellschaften ausgegebenen und nach einem Tilgungsplane rückzahlbarer Inhaberobligationen. In Frankreich war es streitig geworden, zu welchem Betrag beim Falliment einer Aktiengesellschaft die von ihr ausgegebenen noch nicht fälligen Prämienobligationen bei Vertheilung der Masse anzusetzen seien. Der Appellhof von Paris hatte angenommen, sie müssten zum Emissionskurse liquidirt werden, unter Hinzurechnung desjenigen Zinsbetrages, welcher weniger als der landesübliche Zinsfuss an die Obligationsinhaber gezahlt worden sei. Dies System ist in Belgien nicht adoptirt worden, weil die Rechte der Obligationsinhaber dadurch beeinträchtigt würden; ebensowenig das System des Nominalbetrages der Obligation, weil bei der Rückzahlung im Wege der Verlosung ein Abzug des Interusurium nicht möglich. Man entschied sich deshalb für das vermittelnde System des Art. 69 und zwar als das allgemeine auch bei der freiwilligen Liquidation zur Anwendung zu bringende, „En cas de liquidation, ces obligations ne seront admises au passif que pour une somme totale égale au capital qu'on obtiendra en ramenant à leur valeur actuelle, au taux de 5 p. c., les annuités d'intérêts et d'amortissement qui restent à échoir. Chaque obligation sera admise pour une somme égale au quotient de ce capital, divisé par le nombre des obligations non encore éteintes.“

wand, dass eine Aktiengesellschaft durch die Verbindlichkeit, einen den schwebenden Forderungen entsprechenden Betrag deponiren zu müssen, ruinirt werden könne, weil diese zusammen, namentlich bei Assekuranzgeschäften, oft sehr grosse Summen ausmachen würden, obschon vielleicht seiner Zeit für dieselben nur ein ganz geringfügiger Betrag zu bezahlen sei, dass aber andererseits die Deposition der versicherten Summe nicht genüge, weil die Assekuranzgesellschaft noch mehr als die gezeichnete Summe zu leisten in die Lage kommen könne, wurde entgegnet, es werde ja keine Aktiengesellschaft gezwungen, zu deponiren, sie könne vielmehr die Deposition durch Unterlassung der Vermögenstheilung so lange vermeiden, bis es sich nur noch um Deponirung nicht allzu grosser Summen handle." (Prot. S. 366.)

Zu dieser zuwartenden Haltung sind aber die befristeten oder im Prozess befangenen Gläubiger nur **so lange** verpflichtet, als gesetzlich und ordnungsmässig verfahren wird. Sie sind daher nicht schuldig, ruhig zuzusehen, wenn ihre künftige Befriedigung aus dem ihnen gewissermaassen hypothezirten Fonds gefährdet wird. Ihnen werden daher ausserordentliche Sicherheitsmaassregeln (Arrest und einstweilige Anordnungen im Sinne der C.P.O.) zu gewähren sein, nicht nur wenn die allgemeinen Voraussetzungen des Arrestes vorliegen (Vermögensverfall der liquidirenden Aktiengesellschaft in Folge des Andringens fälliger Forderungen), sondern auch um die Vereitelung ihres gesetzlichen Rechtes: dass ihre Ansprüche vor der Vertheilung ihres Vermögens sicher gestellt werden, zu verhindern. Letzteres gilt namentlich für den Fall der vorzeitigen theilweisen Vertheilung des Vermögens unter die Aktionäre, wohin auch die Beleihung und der Ankauf eigener Aktien[6a]) zu rechnen sein wird. Derartige Arreste bedürfen jedoch stets eines besonderen Rechtfertigungsgrundes, die blosse Möglichkeit der Gefahr der Vertheilung genügt nicht. Die Praxis verlangt die Bescheinigung, dass der Liquidator die Absicht, eine Vermögensvertheilung vorzunehmen, entweder kundgegeben oder mit einer solchen Vertheilung bereits begonnen habe. (R.O.H.G XXIII S. 152 vom 17. Dezember 1877. XXIV S. 256.)[7])

Die während der Dauer der Aktiengesellschaft nicht eingeforderten Prozentsätze der Einlagen sind, soweit dies erforderlich ist, zur Befriedigung der Gläubiger und zur Bestreitung der Kosten der Liquidation einzuziehen. Auf dieses Maass ist der Natur der Sache nach die durch ursprüngliche Zeichnung übernommene Einzahlungsfrist nach Auflösung der Gesellschaft zurückgeführt. Die

---

[6a]) Nach belgischem Recht Art. 118 ist der Rückkauf eigener Aktien zum Zweck der Liquidation unter der zwiefachen Voraussetzung gestattet, dass die Generalversammlung denselben genehmigt und dass jeder Aktionär Gelegenheit erhält, sich unter gleichen Bedingungen an dem Rückkauf zu betheiligen.

[7]) Vgl. auch E. des O.G. Wien vom 21. März 1876 (Juristische Blätter S. 276 und Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 22 S. 393 — in dem, dem E. vom 27. Dezbr. 1876 zu Grunde liegenden Falle (Juristische Blätter 1877 S. 89) wurde dagegen dem Sicherstellungsbegehren stattgegeben, wiewohl mit der Vertheilung des Gesellschaftsvermögens weder wirklich begonnen, noch auch unmittelbar auf solche Vertheilung abzielende Schritte unternommen waren.

Verpflichtung des Aktionärs wird durch die Liquidation nicht vermehrt, sondern nur fixirt.[8]) Daher blieben auch die Vorschriften des Statuts, nach welchen die Einzahlungen nur in bestimmten Raten und bestimmten Zwischenzeiten zwischen jeder Rate eingefordert werden sollen, sowie alle andere das Verhältniss der Aktionäre unter einander regelnde Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages während der Dauer der Liquidation in Kraft.[9]) Nur soweit es sich um Befriedigung der Gläubiger handelt, wird dem Ermessen des Liquidators ein freierer, während der Dauer der Gesellschaft dem Vorstand nicht zustehender Spielraum Betreff der Zahlungsfristen zu gewähren sein.

Das nach Tilgung (Deponirung, Sicherstellung) der Schulden der aufgelösten Aktiengesellschaft verbleibende Vermögen wird unter die Aktionäre nach Verhältniss ihrer Aktien vertheilt. Die Legitimation zur Empfangnahme des Antheils ist nach den für die Ausübung von Aktienrechten während der Dauer der Gesellschaft geltenden Vorschriften zu führen, die ausgefertigten Aktienbriefe sind also einzuliefern. Der Antheil des sich nicht Meldenden wird deponirt. Ein Aufgebotsverfahren für solche Massen ist gesetzlich nicht vorgeschrieben und daher unzulässig, wenn die Unterlassung der Anmeldung auf die öffentliche Aufforderung einen Rechtsnachtheil zur Folge haben soll (§ 823 C.P.O.). Eine statutarische Bestimmung,[10]) dass im Fall der Liquidation der Gesellschaft diejenigen Aktionäre, welche die bei der Vertheilung ihnen zugefallenen Beträge binnen einer bestimmten Frist nach ergangener Aufforderung nicht erheben, ihrer Ansprüche darauf verlustig gehen sollen, kann als Eingriff in die Sonderrechte des Aktionärs nicht per majora weder vor noch nach der Liquidation beschlossen werden.

Vorläufige Vertheilungen sind zulässig und können von jedem Aktionär als Sonderrecht gefordert werden, wenn sich entbehrliche Gelder in den Händen des Liquidators befinden (Art. 141), weil mit der Auflösung der Gesellschaft die Theilungsklage erwacht.[11])

Die Vertheilung selbst erfolgt paritätisch, wenn das Statut nicht einzelnen Aktionären besondere Vorrechte gewährte. Der Distribution muss die Aus-

---

[8]) Art. 116 des belgischen Gesetzes vom 18. Mai 1873: Les liquidateurs peuvent exiger des associés le payement des sommes qu'ils se sont engagés à verser dans la société et qui paraissent nécessaires au payement des dettes et des frais de liquidation.

[9]) Renaud, Recht der Aktiengesellschaft S. 865; Anders R.O.H.G. XXII S. 135 vom 17. April 1877, wo ausgesprochen ist, dass die Liquidatoren nicht gehalten sind, sich in Betreff der Nothwendigkeit oder Zweckmässigkeit der Beitragseinziehung auf Streitverhandlungen mit den einzelnen Gesellschaftern einzulassen.

[10]) Erk. d. D. App.G. Köln 12, 11 1875; Rh. Archiv 67 S. 90, dazu Keyssner, H.G.B. S. 235, 236.

[11]) O.H.G. vom 14. Oktober 1867 III S. 338: Die Klage auf Theilung des Vermögens ist nach Auflösung schon durch den Gesellschaftsvertrag begründet, und actio rata ist vorhanden, sobald sich ergeben hat, dass ein Vermögensüberschuss sich herausstellt. Der Aktionär kann, wenn die Liquidatoren es an der Erfüllung ihrer Verpflichtungen fehlen lassen, seine Klage darauf richten, „dass die Liquidatoren ihm den Bestand des Aktienvermögens der Gesellschaft nachzuweisen und demgemäss den seinen Aktien entsprechenden Betrag auszuzahlen haben.

gleichung unter den Genossen vorhergehen, bei welcher ebensowohl die Verschiedenheit der Höhe der geleisteten Einlagen — Konkurrenz von Vollaktien erster Emission mit nur theilweis eingezahlten Aktien zweiter Emission — als die Rückstände der Beiträge sowie etwaiger Prägravationen eines oder des anderen Aktionärs, der sozietätswidrig stärker als die Anderen kontribuirt hat, nach den allgemeinen Grundsätzen der Sozietät und der aktio communi dividendo die entsprechende Berücksichtigung zu finden haben.[12])

Die Vertheilung ist vollzogen, wenn alle Schulden getilgt und wenn der Ueberschuss, sei es in natura (die unverkäuflich gebliebenen oder die uneinziehbaren Objekte) oder in Gelde, dem Privatvermögen der Aktionäre, sei es durch Aushändigung oder durch Deposition (unbekannt gebliebene oder nicht legitimirte Aktionäre) zugeführt ist. Die Aushändigung der Masse an einen der Interessenten mit der Verpflichtung daraus noch alle schwebenden Verbindlichkeiten und Ansprüche allein zu befriedigen, ist keine Beendigung, sondern nur eine andere Form der Liquidation (XIX 161 vom 18. Januar 1876).

Den Abschluss der Liquidation bildet die nach erfolgter Rechnungslegung stattfindende Löschung der Liquidatoren im Handelsregister. Damit verschwindet die Aktiengesellschaft als Rechtsgemeinschaft aus dem Rechtsorganismus. Die vorher begründeten, durch die Liquidation nicht zur Erledigung gebrachten Rechtswirkungen bleiben bestehen und hierbei tritt der Unterschied der Kollektivsphäre und der Sondersphäre des Aktionärs hervor. Die Sonderrechte des Aktionärs, w. z. B. die dem Einzelaktionäre zustehenden Schadenansprüche gegen die Gesellschaftsorgane (§ 121) und das Recht auf Ausgleichung gegen die Mitgenossen dauern unverändert fort. Die während der Liquidation zum Theil noch aufrecht erhaltene Kollektivsphäre wird völliv zerstört, ihre aktiven und passiven Bestandtheile bleiben an die Person der Einzelnen angeheftet, aber frei von den Beschränkungen der Ausübung und dem Schutz gegen Belästigung, welche dem Einzelnen vorher auferlegt und gewährt waren. Die bei der Liquidation absichtlich oder unabsichtlich unvertheilt gebliebenen Sachen und Rechte fallen in das freie, dem Civilrecht unterstehende Miteigenthum der zur Zeit vorhandenen Eigner des Aktiengesellschaftsvermögens und deren Rechtsnachfolger, während andere durch absolute Vorschriften an bestimmte Voraussetzungen gebundene Gerechtsame, wie z. B. das Recht zur Fortführung der Firma der Aktiengesellschaft und das Recht zur Führung der deutschen Flagge, mit dem Wegfall der Voraussetzungen erlöschen. Die Mangels Meldung unberücksichtigt gebliebenen oder absichtlich übergangenen Gesellschaftsgläubiger sind nicht mehr verhindert, ihre Ansprüche gegen jeden der ehemals Kollektivverpflichteten antheilig bis zur Höhe des bei der Vertheilung empfangenen Betrages geltend zu machen. Das gesperrte Jahr ist keine Verjährungsfrist, vielmehr nur ein Privilegium, durch welches die Aktiengesellschaft von der Eventualität das Vermögen bis zum Ablauf der dreissigjährigen Verjährungsfrist unvertheilt zu lassen,

---

[12]) O.H.G. vom 8. September 1876, bei Keyssner, H.G.B. S. 235, Löwenfeld, Aktienges. S. 57, 73.

befreit werden soll. Die Gläubiger werden dadurch nicht verhindert, ihre Ansprüche später innerhalb der für jeden Anspruch laufenden Verjährungsfrist geltend zu machen, wenn und wo sie noch unvertheiltes oder ihm durch die Vertheilung entzogene Haftpflichten der früheren Aktiengesellschaft finden (§§ 124. 128). Das Dogma, dass kein Aktionär zu einem Nachschuss oder zur Rückgabe der bona fide empfangenen Zinsen und Dividende verpflichtet ist, bildet die Grenze des Nachforderungsrechts des Gläubigers. Die Verweigerung dieses Rechtes innerhalb dieser Grenzen würde eine Bereicherung des Aktionärs auf Kosten des Gläubigers, sowie eine Verletzung des Prinzips enthalten, dass kein Gläubiger leer ausgehen darf, solange noch Aktionäre da sind, welche ihre Einlage ganz oder theilweise aus der Substanz des den Gläubigern verbrieften Befriedigungsfonds zurück erhalten haben. Eine andere Frage ist die prozessualische Ausübung dieses Rechtes, ob dasselbe individuell gegen jeden einzelnen Aktionär oder nur kollektiv durch Klage gegen alle Aktionäre als Streitgenossen in einem gemeinschaftlichen Gerichtsstande geltend gemacht werden soll. Für den Zwang des Gläubigers zur Anstellung der Gesammtklage spricht, dass dadurch der dem Aktionär während der Dauer der Gesellschaft aus rechtlichen und praktischen Gründen bewilligte Schutz gegen die Belästigung sich auf eine individuelle Prozessführung über ein ihm selten bekanntes Sachverhältniss einzulassen, perpetuirt wird. Diese Rücksicht auf den Einzelaktionär ist um so gerechtfertigter, als die Unterlassung der Geltendmachung der Ansprüche innerhalb des gesperrten Jahres regelmässig als eine Nachlässigkeit des Gläubigers zu behandeln sein wird. In beiden Fällen wird eine Rekonstruktion der Aktiengesellschaft, wie solche bei Korporationen wegen des substantiellen Untergangs des berechtigten und verpflichteten Subjekts nothwendig, nicht erforderlich, um der Herrenlosigkeit des unvertheilt gebliebenen Aktiengesellschaftsvermögens oder der Rechtlosigkeit der unberücksichtigt gebliebenen Gläubiger vorzubeugen.

§ 130.

3. Konkurs der Aktiengesellschaft.

Der Konkurs der Aktiengesellschaft ist durch die deutsche Konkursordnung vom 10. Februar 1877 verkündet in der am 5. März 1877 ausgegebenen Nummer 10 des Reichsgesetzblattes Seite 390 einheitlich geregelt und dem allgemeinen Konkursrecht untergestellt, soweit nicht die beiden Spezialvorschriften §§ 193, 194 etwas Besonderes enthalten:

> Ueber das Vermögen einer Aktiengesellschaft findet das Konkursverfahren ausser dem Falle der Zahlungsunfähigkeit in dem Falle der Ueberschuldung statt. Nach Auflösung einer Aktiengesellschaft ist die Eröffnung des Verfahrens so lange zulässig, als die Vertheilung des Vermögens nicht vollzogen ist. Zu dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens ist ausser den Konkursgläubigern jedes Mitglied des Vorstandes und jeder Liquidator ermächtigt. Wird der Antrag nicht von allen Mitgliedern des Vorstandes oder allen

Liquidatoren gestellt, so ist derselbe zuzulassen, wenn die Zahlungsunfähigkeit der Ueberschuldung glaubhaft gemacht wird. Das Gericht hat die übrigen Mitglieder oder Liquidatoren nach Maassgabe des § 97 Abs. 2, 3 zu hören.

Die Kommanditgesellschaft auf Aktien wird in Betreff des Konkurses wie die offene Handelsgesellschaft und die einfache Kommanditgesellschaft behandelt. (§ 198 K.O.)

Die Gesammtheit der Aktionäre konkurrirt bei dem Konkursverfahren nur insoweit, als die Zuziehung des Gemeinschuldners gesetzlich vorgeschrieben oder zulässig ist.

Die Abschliessung eines Akkordes [1]) zum Zweck der Fortsetzung des Unternehmens erfordert Einstimmigkeit der Aktionäre, weil darin der Abschluss eines neuen Sozietätsvertrages an Stelle des erloschenen enthalten ist.

Es kann der Einzelaktionär sowohl als Schuldner wie als Gläubiger der Konkursmasse in Betracht kommen. Als Schuldner muss er voll zahlen, um als Gläubiger tributim befriedigt zu werden. Die Kompensation der rückständigen Einlage mit Ansprüchen, welche dem Aktionär als Gläubiger der Gesellschaft, wie z. B. aus mit einer Versicherungsgesellschaft geschlossenen Versicherungsverträgen zustehen, ist damit ausgeschlossen. [2]) Konkursgläubiger ist der Aktionär [3]) nur in Betreff solcher Forderungen, welche nicht aus dem Sozietätsvertrag, sondern aus selbständigen Rechtstiteln entspringen, wenn also der Aktionär abstrahirt von dieser seiner Eigenschaft Ansprüche an die Gesellschaft erlangt hat (§ 121). Gesellschaftliche Ansprüche des Aktionärs, wie z. B. [4]) wegen rückständiger Dividende, gehören nicht in den Konkurs der Aktiengesellschaften, sondern in das Auseinandersetzungsverfahren, welches eintritt, wenn nach Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger noch Vermögensmasse zurückbleibt, indem diese alsdann der Gemeinschaft der vormaligen Aktionäre zur Vertheilung unter sich ausgeliefert wird.

Die zur Zeit der Konkurseröffnung rückständigen oder ausstehenden Einlagen der Aktionäre werden von dem Konkurs-Verwalter, soweit dies zur Befriedigung der Gläubiger nothwendig erscheint, zur Konkursmasse eingezogen, und zwar nicht als gesellschaftliche Beiträge und mit der abgeleiteten Klage der Gesellschaft, sondern kraft des durch Auflösung des Vertrages und der Organisation wach gewordenen selbständigen Forderungsrechts der durch den Konkurs-Verwalter vertretenen Gesellschaftsgläubiger.

Die vertraglichen, nur für das Verhältniss der Aktionäre unter einander wirksamen Zahlungsfristen stehen dem Anspruch der Gläubiger auf Befriedigung

---

[1]) Ueber die Zulässigkeit des Akkordes einer Kommanditgesellschaft auf Aktien unter Herrschaft der Preussischen Konkursordnung, vgl. Beschluss der R.O.H. vom 5. Februar 1875 Bd. XVI S. 285.

[2]) O.A.G. Lübeck vom 30. Juni 1865 in der Zeitschr. f. das gesammte Handelsr. Bd. XI S. 599, VI S. 617.

[3]) O.H.G. vom 11. Mai 1872 VI S. 16: „Der Aktionär, welcher zugleich Gläubiger der Aktiengesellschaft, ist in letzterer Eigenschaft an die von dem Gesellschaftsvorstande innerhalb seiner statutenmässigen Vollmacht vorgenommenen Handlungen nicht gebunden."

[4]) O.H.G. vom 10. September 1875 XVIII S. 153.

wegen der durch den Konkurs eingetretenen Fälligkeit der Forderungen nicht entgegen. Desgleichen sind die dem Gesellschaftsverbande gegenüber zulässig gewesenen Einwendungen und gesellschaftlichen Gegenansprüche nicht zur Befreiung von der Haftpflicht anzurufen. Das erloschene Gesellschaftsverhältniss behält nach zwei Richtungen hin seine den Aktionär schützende Kraft: wegen der Höhe der Einlage und in Betreff der gesetzlich während der Dauer der Gesellschaft zulässig gewesenen Befreiungen von der Erfüllung der Beitragspflicht im strengen Sinne; der Einwand, dass die Beitragspflicht in dem geringeren, vom Gesetz gebilligten Umfange erfüllt worden, ist auch im Konkurse zulässig. Der Aktionär ist nicht gehalten, die bona fide erhaltenen Dividenden zu restituiren oder wenn die Herabsetzung des Grundkapitals gehörig erfolgt ist, den herabgeminderten Theil der Einlage nachzuzahlen u. s. w. Auch der gehörig aus dem Gesellschaftsverbande Ausgeschiedene (§ 126) bleibt liberirt so wie er es gewesen wäre, wenn die Gesellschaft fortgedauert. Die oberste Voraussetzung des Klagrechts der Gläubiger gegen die Einzelaktionäre ist das Vorhandensein der Eigenschaft als Aktionär, so dass alle Einwendungen, aus welchen sich Jemand der Gesellschaft gegenüber während der Dauer derselben von der Pflicht zur Leistung der Einlage aus dem Grunde, dass er nicht Aktionär geworden, befreien kann, auch im Konkurse aufrecht erhalten bleiben. Davon unabhängig ist die Frage zu beurtheilen, wie weit den durch solche Vorgänge vor der Registrirung der Gesellschaft oder der Kapitalserhöhung beschädigten Gläubiger ein Regressanspruch gegen diejenigen zusteht, welche mit, der Rechtsgültigkeit entbehrenden, Zeichnungsscheinen zur Erreichung der Registrirung operirt haben. [5])

Der Konkurs der Kommanditgesellschaft auf Aktien wird nach den für die offene Handelsgesellschaft und der gewöhnlichen Kommanditgesellschaft gegebenen Vorschriften der Konkursordnung (§ 198) behandelt.

---

[5]) Vgl. über die im Konkurs erhobenen Einwendungen der Zeichner, dass sie zur Leistung der Einlage nicht verbunden, weil die für sie bestimmten Aktienbriefe während der Dauer der Gesellschaft anderweitig von den Gesellschaftsorganen veräussert worden, die U. vom 2. Septbr. 1875 XIX S. 227 und vom 11. April 1876 XX S. 270 und des Reichsgerichts vom 30. Juni 1880 II S. 130. — Oberst. Gerichtshof Wien vom 23. Februar 1876 in der Zeitschr. f. Handelsr. XXII S. 333 hat die von dem Massenverwalter unter dem Erbieten: die Aktien auszuliefern, auf Zahlung des Subskriptionspreises gegen Zeichner von Aktien der Gesellschaft angestellte Klage zurückgewiesen. Verklagter hatte 1872 50 Stück Aktien gezeichnet zum Preise von 110 per Aktie von 100 nominal unter Hinterlegung einer Kaution und mit der Pflicht die Stücke gegen Zahlung des Emissionspreises bis 15. April 1852 zu beziehen. Der Beklagte nahm die Stücke nicht ab, wurde auch seitens der Gesellschaft nicht gemahnt, dies geschah erst nach Eröffnung des Konkurses im J. 1874. In den Gründen ist ausgeführt, dass die ausstehende Einlage keine eigentliche Aktivforderung der Konkursmasse sei, sondern es würde mit der Klage nur erstrebt, dass der Geklagte sein mit der Zeichnung gegebenes Versprechen der Gesellschaft als Mitglied beizutreten erfülle, also die Realisirung eines nicht mehr möglichen Rechtsverhältnisses, die Aktienrechte, eine bestehende Aktienverbindung voraussetzen auch die dem Aktionär gebührenden Gegenleistungen könnten von einer in Konkurs verfallenen, sonach aufgelösten Gesellschaft unmöglich erfüllt werden.

§ 131.

4. Die Fusion.

Trotz der Auflösung der Aktiengesellschaft kann das Unternehmen als solches erhalten bleiben, wenn das Geschäft oder die Werke der aufgelösten Gesellschaft im Ganzen oder den Hauptbestandtheilen nach an einen anderen Unternehmer verkauft werden. Derartige Ueberlassungsverträge kommen auch unter Aktiengesellschaften vor. So enthält die Preussische Gesetzsammlung von 1863 S. 662 den Verkauf einer Eisenbahn an eine andere Eisenbahngesellschaft, wobei den Aktionären der verkaufenden Gesellschaft die Wahl zwischen einer Pauschalsumme (90 Thlr. per Aktie, per 200 Thaler) oder Bezug einer jährlichen Rente von der käuferischen Gesellschaft von drei Prozent nebst einer jährlichen Amortisation von ein halb Prozent des Stammaktienkapitals zum Nominalwerth der Aktien gewährt wird. Dies ist keine Fusion. Eine Fusion im gesetzlichen Sinne des Worts liegt dagegen vor, wenn die Veräusserung eines Aktienunternehmens an eine andere Aktiengesellschaft mit Aktivis und Passivis in der Weise geschieht, dass die Aktionäre der verkäuferischen und sich mit dem Verkauf auflösenden Gesellschaft an Stelle des Kaufpreises Aktien der käuferischen Gesellschaft erhalten, wenn, wie es im Art. 215 heisst: „eine Aktiengesellschaft durch Uebertragung ihres Vermögens und ihrer Schulden an eine andere Aktiengesellschaft gegen Gewährung von Aktien der Letzteren aufgelöst werden soll.“ Ein solcher Vorgang enthält die Auflösung eines bestehenden Sozietätsvertrages und die Abschliessung eines neuen Sozietätsvertrages unter einander und mit noch anderen, in einem Sozietätsvertrage bereits stehenden Personen. Hierzu ist Einstimmigkeit auf beiden Seiten erforderlich, wenn der Gesellschaftsvertrag nicht die Unterwerfung des Sonderwillens unter den Mehrheitswillen vorschreibt. Dies ist im Art. 215 eingeschärft (§ 517).[1] Die Fusion ist im Gesetz nur hervorgehoben, weil es der Gesetzgeber für zweckmässig erachtet hat, diese Verschmelzung zweier Unternehmen von gewissen Förmlichkeiten und Weitläufigkeiten der Liquidation zu befreien. Streng genommen müsste die sich mit dem Verkauf auflösende Gesellschaft nach den allgemeinen Grundsätzen liquidirt werden. Die Liquidation ist auch unerlässlich, sie erfolgt aber mit den im Art. 247 gegebenen Erleichterungen:

> Bei der Auflösung einer Aktiengesellschaft durch Vereinigung derselben mit einer anderen Aktiengesellschaft (Artikel 215) kommen folgende Bestimmungen zur Anwendung:
>
> 1. das Vermögen der aufzulösenden Gesellschaft ist so lange getrennt zu verwalten, bis die Befriedigung oder Sicherstellung ihrer Gläubiger erfolgt ist;

---

[1]) Ueber Verschleierung der Fusion durch ein dem Aktionär nachgelassenes Wahlrecht, zwischen Aktien der käuferischen Gesellschaft oder Baarzahlung eines bestimmten Geldbetrages pro Aktie, vgl. die Fälle aus dem Jahre 1862 in d. Zeitschr. für das gesammte Handelsr. Bd. VI S. 623 und Löhr, Centralorgan für den deutschen Handelsstand Bd. I S. 154—155, auch R.O.H.G. vom 26. Oktober 1874 XIV S. 363.

2. der bisherige Gerichtsstand der Gesellschaft bleibt für die Dauer der getrennten Vermögensverwaltung bestehen; dagegen wird die Verwaltung von der anderen Gesellschaft geführt.

3. der Vorstand der letzteren Gesellschaft ist den Gläubigern für die Ausführung der getrennten Verwaltung persönlich und solidarisch verantwortlich;

4. die Auflösung der Gesellschaft ist zur Eintragung in das Handelsregister bei Ordnungsstrafe anzumelden;

5. die öffentliche Aufforderung der Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft (Art. 243) kann unterlassen oder auf einen späteren Zeitpunkt verschoben werden. Jedoch ist die Vereinigung der Vermögen der beiden Gesellschaften erst in dem Zeitpunkt zulässig, in welchem eine Vertheilung des Vermögens einer aufgelösten Aktiengesellschaft unter die Aktionäre erfolgen darf. (Artikel 245.)[2])

Zur Anwendung dieser Vorschrift gehört dreierlei: 1. der Beschluss einer Aktiengesellschaft sich so aufzulösen, dass die Aktionäre Mitglieder einer anderen Gesellschaft werden. 2. Ueberlassung der Aktiva und Passiva an eine die Aktionäre der aufgelösten Gesellschaft in sich aufnehmende Aktiengesellschaft. 3. Der entsprechende Beschluss der käuferischen Gesellschaft.

Mit der Registrirung des Fusionsbeschlusses: „die pp. Aktg. ist durch Vereinigung derselben mit der pp. Aktg. aufgelöst“ tritt die verkaufende Gesellschaft in den Liquidationszustand. Das Abwickelungswerk ist vereinfacht, weil die Versilberung des Vermögens zum Zweck der Vertheilung unter die Aktionäre wegfällt, indem die Abfindung der Letzteren durch Aktien der übernehmenden Gesellschaft — Umtausch der Aktien der aufgelösten Gesellschaft gegen Aktien der käuferischen Gesellschaft zu bestimmten Normalkursen — erfolgt. Es bleibt somit nur die Abwicklung der von der käuferischen Gesellschaft übernommenen Passiva übrig. Die Regulirung ist dem allseitigen Interesse entsprechend dem Vorstand der übernehmenden Gesellschaft übertragen, der somit als Liquidator der aufgelösten Gesellschaft zu fungiren hat, ohne als solcher besonders registrirt zu werden. Die Bestellung besonderer Liquidatoren Seitens der aufgelösten Gesellschaft erübrigt sich dadurch. Das Gesetz geht weiter davon aus, dass bei einer Fusion nur die laufenden fälligen Verbindlichkeiten wirklich zur Tilgung gebracht werden, während es in Betreff der befristeten Forderungen — Hypotheken und Prioritäts-Obligationen — zu einer gütlichen Uebernahme dieser Schulden durch die übernehmende Gesellschaft kommen wird. Demgemäss ist auch von der Nothwendigkeit einer öffentlichen Aufforderung der Gläubiger Abstand genommen, indem es der Wahl der übernehmenden Gesellschaft überlassen ist, ein solches

---

[2]) Diese Vorschriften finden keine Anwendung auf andere im Verkehr gleichfalls Fusionen genannten Operationen wie z. B. den sog. Unionsvertrag, Auflösung zweier Gesellschaften und Bildung einer neuen unter einer Firma oder Assoziation zweier Konkurrenzgesellschaften zum gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb ohne Auflösung, einen Fall welchen Zimmermann, Ueber die sog. Fusion der Aktiengesellschaft, Busch, Archiv Bd. VI S. 128 erwähnt.

Aufgebot zu unterlassen oder zu einem beliebigen Zeitpunkt vorzunehmen. Hierin bestehen die Eigenthümlichkeiten der Fusion.

Die Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft sind nicht gefährdet, so lange die Verwaltung beider Vermögensmassen getrennt geführt wird, erst durch die Vermischung geht das Befriedigungsobjekt verloren. Die Vermischung ist daher in ihren rechtlichen Wirkungen der Vertheilung des Vermögens bei der Liquidation gleichgestellt. Sie darf erst erfolgen nach Ablauf eines Jahres von dem Tage an gerechnet, an welchem die Bekanntmachung des Fusionsbeschlusses in den Gesellschaftsblättern zum dritten Mal erfolgt ist und auch dann nur, wenn die Befriedigung oder Sicherstellung der Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft erfolgt ist; der Befriedigung steht ein novirender Akt gleich, durch den die Gläubiger auf ihre Ansprüche gegen die aufgelöste Gesellschaft entsagen und sich mit der übernehmenden Gesellschaft arrangiren. Gegen eigenmächtige und unter Verletzung der gesetzlichen Kautelvorschriften bewirkte Vermischung sind die Gläubiger theils durch die den Mitgliedern des übernehmenden Vorstandes auferlegte persönliche und solidarische Verantwortlichkeit, sowie dadurch gesichert, dass ihnen dieselben ausserordentlichen Sicherheitsmaassregeln — Arrest, einstweilige Anordnung —, wie bei der Liquidation zur Verhinderung solcher Eventualitäten gegeben sind.[3])

Die Art der Vermischung besteht in der Uebertragung des Eigenthums[4]) der der aufgelösten Gesellschaft gehörigen Sachen und Rechte an die übernehmende Gesellschaft durch die entsprechenden, im allgemeinen Recht vorgeschriebenen Uebertragungsakte, wie Cession, Tradition, Auflassung. Die durchgeführte Vermischung wirkt wie die von der Löschung der Liquidatoren begleitete Distribution des Vermögens im Fall der freiwilligen gewöhnlichen Liquidation.[5])

§ 132.

E. Die öffentlichen Aktiengesellschaften.

Als öffentliche Aktiengesellschaften sind diejenigen zu bezeichnen, welche wegen des Gegenstandes des Unternehmens der staatlichen Genehmigung oder

[3]) Auch in Betreff des Stempels vgl. den Fall in d. Zeitschr. f. Handelsr. VI S. 623 und Centralorgan Bd. I S. 154—155 und über die Auflassung von Grundstücken der aufgelösten Gesellschaft an die käuferische Gesellschaft, vgl. Johow, Jahrbuch für endgültige Entscheidungen des Preussischen Apellationsgerichts Bd. V S. 81 und Dernburg, Preussisches Privatrecht Bd. I S. 517, Keyssner, in d. Zeitschr. f. Handelsr. XXIV S. 604.

[4]) O.G. Wien vom 30. Mai 1876, Juristische Blätter, abgedr. in d. Zeitschr. f. Handelsr. XXII 391.

[5]) Ueber die Stellung der Inhaber von Stammprioritätsaktien im Fall der Fusion der Gesellschaft vgl. Bekker in d. Zeitschr. f. Handelsr. XVI S. 78 und über die Frage ob die Ueberlassung des Vermögens auch das Anrecht auf die Rückstände der Einlagen der Aktionäre der verkaufenden Gesellschaft in sich schliesst vgl. die Entscheidungen der Rechtsfakultät Tübingen und des O.T. Berlin vom 5. Juni 1867 in Löhr, Centralorgan für das Deutsche Handels- und Wechselrecht, N. F. Bd. IV S. 46—52.

Aufsicht unterliegen, wie die Eisenbahn-Versicherungs-Auswanderungsvermittelungs-Unternehmungen. Die Vorschriften der Landesgesetze hierüber sind aufrecht erhalten.

Artikel 249. § 2 und 3.

Die Landesgesetze, welche zur Errichtung von Kommanditgesellschaften auf Aktien oder Aktiengesellschaften, die staatliche Genehmigung vorschreiben, oder eine staatliche Beaufsichtigung dieser Gesellschaft anordnen, werden aufgehoben.

Auch treten für die bereits bestehenden Kommanditgesellschaften auf Aktien und Aktiengesellschaften diejenigen Bestimmungen der Gesellschaftsverträge ausser Kraft, welche die staatliche Genehmigung und Beaufsichtigung betreffen.

Die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen der Gegenstand des Unternehmens der staatlichen Genehmigung bedarf, und das Unternehmen der staatlichen Beaufsichtigung unterliegt, werden durch den § 2 nicht berührt. Dasselbe gilt für die bereits bestehenden Kommanditgesellschaften auf Aktien und Aktiengesellschaften von denjenigen Bestimmungen der Gesellschaftsverträge, welche sich auf die staatliche Genehmigung und Beaufsichtigung wegen des Gegenstandes des Unternehmens beziehen, oder in Verbindung mit besonderen der Gesellschaft bewilligten Privilegien stehen.

Der Staatsaufsicht pflegen auch diejenigen Gesellschaften unterworfen zu sein, welchen vom Staat besondere Privilegien, wie die Befugniss zur Ausgabe von Banknoten oder von Obligationen und Pfandbriefen auf Inhaber oder besondere Vortheile, wie Dividendengarantien bewilligt sind. Zuweilen sind dergleichen Gesellschaften auch die Rechte der Korporationen ertheilt. [1])

Auch bei den in der neueren Zeit wieder üblich gewordenen Betheiligungen des Staates mit einem Geldzuschuss bei von Privatpersonen gebildeten Aktienunternehmen pflegen dem Staat gewisse Rechte vorbehalten zu sein. [2])

---

[1]) Auf Grund der Vorschrift des § 4 des Preuss. Gesetzes vom 3. November 1838, betr. die Eisenbahn-Unternehmungen „mittelst der Bestätigung des Statuts, welches durch die Gesetzsammlung zu publiziren ist, werden der Gesellschaft die Rechte einer Korporation oder einer anonymen Gesellschaft ertheilt,“ hat das O.T. Berlin durch Präjudiz Nr. 2035 vom 1. August 1848 angenommen: Eisenbahngesellschaften gehören unter diejenigen privilegirten Korporationen, denen die Doppelfrist zur Einlegung der Rechtsmittel zusteht.

[2]) Vgl. z. B. das Preuss. Ges. vom 20. März 1874 über die Betheiligung des Staates bei der Berliner Stadteisenbahngesellschaft mit einem Aktienkapital von 7,000,000 Thalern, wo bestimmt ist 1) zur Umschreibung des Aktienkapitals von 7,000,000 Thalern auf den Inhaber, zur Veräusserung der Aktien, sowie zur Ausübung des Stimmrechtes bei Anträgen auf Ausdehnung des Unternehmens über den im § 1 angegebenen Zweck hinaus, auf Vermehrung des Grundkapitals der Gesellschaft und Kontrahirung von Anleihen für dieselben, auf Fusion der Gesellschaft mit einer anderen, auf Uebernahme des Betriebes auf anderen Eisenbahnen, auf Auflösung der Gesellschaft oder auf Veräusserung der Bahn ist die Genehmigung beider Häuser des Landtages erforderlich. Alle dieser Vorschrift entgegen, einseitig getroffenen Verfügungen sind rechtsungültig.

Eine Staats-Anstalt auf Aktien [3]) ist vorhanden, wenn der Staat in seiner Eigenschaft als Fiskus an der Spitze eines Unternehmens steht, bei welchem dem Publikum eine gewisse Betheiligung in Form von Aktien gestattet ist, wie dies z. B. bei der deutschen Reichsbank nach dem Bankgesetz vom 14. März 1875 der Fall ist. [4]) Die Rechtsverhältnisse solcher Staats-Anstalten sind durchaus anomaler Natur und nach den betreffenden organischen Spezialgesetzen zu beurtheilen. [5])

§ 133.

F. Die juristische Natur der Aktiengesellschaft.

Das Rechtsinstitut der juristischen Person im römisch rechtlichen Sinne, [1]) ist ein Ausfluss der Idee des Vermögensrechts, nach welchem als Subjekt von Rechten und Pflichten stets eine bestimmte physische Person fungiren muss. Es gibt aber gewisse Vermögensinbegriffe, welche durch den Willen der ursprünglichen Eigner (Widmungs- oder Stiftungswillen), erkennbar aus der historischen Entwicklung oder einem Konstituirungsakte nicht bloss zum Genuss bestimmter Personen und deren Rechtsnachfolger, sondern zur Erfüllung eines auf Generationen berechneten Zweckes (Zweck der Armen- und Krankenpflege, Religions- und Bildungszweck, soziale Zwecke, Gemeindezweck, Staatszweck u. s. w.), also für die Befriedigung gewisser, stets wiederkehrender, materieller oder inmaterieller Bedürfnisse: einer unbestimmten Menge von der Gegenwart und der Zukunft angehörigen Individuen — personae certae und incertae — bestimmt sind. Korporationsvermögen, wenn die betreffenden Verkehrsgüter der Verwaltung der-

---

[3]) Gierke, Rechtsgeschichte der Genossenschaft S. 1012.

[4]) § 12. Unter dem Namen Reichsbank wird eine unter Aufsicht und Leitung des Reichs stehende Bank errichtet, welche die Eigenschaft einer juristischen Person besitzt und die Aufgabe hat den Geldumlauf im gesammten Reichsgebiete zu regeln. § 23. Das Grundkapital der Reichsbank besteht aus 120,000,000 M. getheilt auf 40,000 auf Namen lautende Antheile von je 3000 M. Die Antheilseigner haften persönlich für die Verbindlichkeiten der Reichsbank nicht; § 27 das Reichsbankdirektorium ist die verwaltende und ausführende, sowie die die Reichsbank nach Aussen vertretende Behörde. § 30. Die Antheilseigner üben die ihnen zustehende Betheiligung an der Verwaltung der Reichsbank durch die Generalversammlung, ausserdem durch einen aus ihrer Mitte gewählten ständigen Centralausschuss aus § 31; der Centralausschuss ist die ständige Vertretung der Antheilseigner gegenüber der Verwaltung. Er besteht aus 15 Mitgliedern, neben welchen 15 Stellvertreter zu wählen sind.

[5]) Ueber eigenthümliche Rechtsbildung auf dem Gebiete des Versicherungs-Gesellschaftsrechts vgl. Reuling in der Zeitschr. f. Handelsr. XVII S. 167—168 und Ladenburg eod. S. 179—186.

[1]) Savigny, System des römischen Rechts I über juristische Personen S. 235—373. Kierulff, Theorie des gemeinen Civilrechts (1839 S. 129—154). Puchta, Pandekten § 9a 25—28. Windscheid, Pandekten (1879) I S. 125—166 II über die Gesellschaft S. 525—537. Bemerkungen zur Lehre von juristischen Personen, insbesondere den sg. korporativen Sozietäten und Genossenschaften von Salkowski, Leipzig 1863 (69 S.) Zitelmann, Begriffe und Wesen der sog. juristischen Person, Leipzig 1873, Bolze, Der Begriff der juristischen Person. Stuttgart 1879.

zeitigen als Personverein zur Erreichung bestimmter Zwecke organisirten Destinären unterstehen, und Stiftungsvermögen, wo die zeitigen Destinatoren keine zur Erreichung anderer Zwecke verbundene Assoziation bilden, vielmehr nur durch das unsichtbare Band, dass ein Vermögen zur Befriedigung ihrer Bedürfnisse gewidmet ist, zusammengehalten werden, wesshalb die Verwaltung auch regelmässig fremden mit den zeitigen Destinateuren, nicht identischen Verwaltern, anvertraut ist. Dergleichen Vermögensmassen erscheinen als herrenlos, weil den leibhaften Trägern die Herrschaft nicht zusteht, wenn sie auch mit zu denen gehören, welchen der Genuss des Vermögens bestimmt ist und weil der Korporations- und Stiftungszweck oder die Summe aller gegenwärtigen und in Zukunft erstehenden Destinatäre — den beiden Dingen, denen man die Herrschaft zuschreiben darf — wegen der unkörperlichen Natur sowie wegen des darin enthaltenen Bestandtheiles von Personae incertae die zur Trägerschaft einer rechtlichen Macht erforderliche civilrechtliche Qualifikation abgeht. Durch die Aufstellung der Fiktion, wonach als Herr des Vermögens ein ideales über den zeitigen Verwaltern und Destinatären (Stiftungsinteressenten, Korporationsmitglieder) schwebendes, mit denselben nicht identisches Wesen vorgestellt wird, wird dem praktischen Bedürfniss nach Erhaltung dergleichen Güter für die künftigen Generationen und die von der Verwaltung ausgeschlossenen Interessenten im Einklang mit den konstruktionellen Anforderungen des Civilrechts entsprochen. Durch die Handhabe, dass alles Eigenthum, alle Rechte und Pflichten unmittelber an die Person des idealen, über dem Ganzen stehenden Wesens angeknüpft werden, ohne durch die leiblichen Mittelspersonen durchzugehen und denselben anzuhaften, wird die namentlich bei Korporationen so schwierige Trennung des Korporationsguts und der Korporationsschulden von dem Privatvermögen der Mitglieder in solcher Schärfe erreicht, dass den zeitigen Destinatären und Verwaltern die rechtliche Macht absolut genommen ist über das ihren Händen anvertraute Gut, anders als nach dem in der Stiftungsurkunde oder in der Korporationsverfassung unwandelbar niedergelegten Willen des unsichtbaren Herrschers zu verfügen. Und wenn nicht dem Staat in seiner Eigenschaft als Obervormund die Schirmherrschaft über alles, den künftigen Generationen bestimmte Gut, somit gewissermaassen die Vertretung der juristischen Person in Nothfällen zustände, so würde es an einem Mittel fehlen, um erhöhten Bedürfnissen der Gegenwart in ausserordentlichen Fällen Rechnung tragen zu können. Wesentliche Veränderungen mit der Substanz des Korporationsvermögens, sowie Anleihen für den Korporationszweck sind zulässig, aber an das Vollwort des Staates gebunden, dem auch die Sorge obliegt, nicht zu dulden, dass die von der juristischen Person dem Kredit gebenden Publikum ertheilten Promessen verletzt werden, woraus das Recht entspringt, die Korporationsmitglieder durch Erhöhung der Umlagen oder Ausschreibung neuer ausserordentlicher Beiträge zur Zahlung der kontrahirten Schulden zu zwingen. Trotz der Mannigfaltigkeit der unter den Begriff der juristischen Person fallenden Verkehrsinstitute erschöpft sich das civilrechtliche Wesen der juristischen Person in den logischen Konsequenzen der Fiktion, nach welcher subjektlose Vermögen

rechtlich so behandelt werden, als ob sie einer einzelnen bestimmten natürlichen Person angehören. Dazu treten die auf das Verhältniss der juristischen Beziehungen zu dem Staat bezüglichen Rechtsregeln sowie die besonderen positivrechtlichen Begünstigungen (jura singularia), welche manchen Klassen von juristischen Personen partikularrechtlich ertheilt sind, wie z. B. die Vorrechte der Minderjährigen in Beziehung auf Verjährung, Rechtsmittel und Restitution. Diese drei Massen bilden das eigenthümliche Recht der juristischen Personen und der Korporationen im Gegensatze zu dem Rechte der römischen Sozietät. Die Korporationsverfassung ist keine Emanation der in jeder Korporation verborgenen juristischen Persönlichkeit, sondern vielmehr eine zur Erreichung des eigentlichen Korporationszweckes unentbehrliche und je nach dessen Beschaffenheit abgestufte (universitas ordinata und inordinata) Institution, bei welcher auf die Verwaltung des Vermögens nur in so weit Rücksicht genommen wird, als das Korporationsgut eines der Mittel zur Erreichung des höheren Korporationszweckes bildet.

Der Modus, die gemeinsamen Korporationsangelegenheiten, die auf das Vermögen bezüglichen Geschäfte angeschlossenen Mitglieder-Versammlungen nach dem System der Generalversammlung zu erledigen, ist gleichfalls kein Attribut der juristischen Persönlichkeit, sondern diese Regel ist eine im Naturrecht gegründete Eigenschaft aller grösseren Verbände „weil, wenn man Einstimmigkeit oder das Erscheinen aller Mitglieder fordern wollte, ein Wollen und Handeln einer Vielheit von Individuen ganz unmöglich sein würde“ (Savigny, System II, S. 329).

Ebenso mächtig wie die erhaltende (repressive) Funktion der Fiktion der juristischen Persönlichkeit ist ihre productive Kraft, indem dadurch eine für einen bestimmten Zweck verbundene Vielheit von Personen unter Ueberwindung der aus der Vielköpfigkeit resultirenden Schwierigkeiten befähigt wird, im Reichsverkehr wie „**Ein Mann**“ „Eine moralische Person“ aufzutreten und zwar unberührt von jedem Wechsel in der Mitgliedschaft. Diese Verkehrsfunktion lässt sich durch die auch in den neueren Gesetzen recipirte Formel ausdrücken: die Eigenschaft als juristische Person verleiht den damit bewidmeten Personvereinen die Fähigkeit unter einem angenommenen Namen durch Mittelspersonen Rechte auf Eigenthum und andere dingliche Rechte an Grundstücken zu erwerben und Verbindlichkeiten einzugehen, vor Gericht klagen und verklagt zu werden, ohne dass es der Nennung oder der Mitwirkung der einzelnen Mitglieder bedarf. Die Vorstellung, dass die Subjektschaft aller Rechte und Pflichten nicht bei den einzelnen Vereinsmitgliedern, sondern bei dem über dem Vereinsganzen stehenden idealen Wesen ruhe, bewirkt ferner, dass der Fortbestand des Vereins und das Vermögen durch den Ein- und Austritt der Mitglieder nicht afficirt wird, auch wenn die Vereinsorgane aus der Wahl der zeitigen Mitglieder hervorgehen, oder wenn den Korporationsmitgliedern nutzbare Rechte an Bestandtheilen des Korporationsvermögens (res. universitatis in specie im Gegensatz zu den patrimonium universitatis) zustehen. Dazu tritt, dass die für das ideale Wesen kontrahirten Schulden nur an dem Korporationsvermögen haften,

an welches die Gläubiger nicht anders als durch eine gegen die juristische Person als Einheit gerichtete Klage gelangen können. Die römische Sozietät entbehrt dieser, zugleich eine Beweglichkeit in der Mitgliedschaft zulassenden, Konzentration.

Die Sozietät wird im römischen Recht als ein rein obligatorisches, nur Rechte und Pflichten zwischen den verbundenen Kontrahenten erzeugendes Rechtsverhältniss behandelt. Die Gesellschaft als solche hat kein Vermögen und keine Schulden, sie kann also weder klagen, noch verklagt werden. Was jeder erwirbt, bleibt sein Alleineigenthum, bis es den Mitgenossen kommunizirt, d. h. zum Miteigenthum tradirt wird. An den gemeinschaftlich gewordenen körperlichen Sachen erwirbt jeder Gemeinschafter condominum pro indiviso ideelles Miteigenthum [2]), einen intellectuellen Quotentheil an der Sache, d. h. es wird fingirt, als ob die Sache real getheilt, in körperliche Theile zerlegt sei, so dass auch der Veräusserung der erworbenen Antheile an redliche Dritte kein rechtliches Hinderniss entgegensteht. [3]) Für die gemeinschaftlich gewordenen Forderungsrechte gilt der Grundsatz: obligationes sunt ipso jure divisae. Schuldner wird verkontrahirt, mit dem Recht mittelst der actio pro socio Ausgleichung zu fordern. Eine korreale Verpflichtung der Socii tritt nach allgemeinen Grundsätzen ein, wenn alle Gesellschafter in dieser Absicht kontrahirt haben. [4]) Für die Erledigung der inneren Gesellschaftsangelegenheiten ist das System der

---

[2]) Vgl. Unger, System des Oesterr. Allgemeinen Privatrechts (1876 I S. 416, 417). Puchta, Pandekten § 37 und § 35, 144 Institutionen (1856) II § 222, 516—520. Wächter, Handbuch II § 43 Not. 12 und im Archiv für civilistische Praxis XXVII S. 181 ff. (1844).

[3]) Vgl. Sintenis, Das praktische gemeine Civilrecht (1861 II S. 706 Not. 84) und über die modernen Konstruktionen des Miteigenthums: Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts (1879) I §§ 169a, 142 S. 533, 426, 427; nach der daselbst vertretenen Ansicht bezieht sich der Antheil nicht auf den Körper der Sache, sondern auf die Sache als Werthobjekt gedacht, man hat zwar kein Recht am Werth, sondern nur ein Recht auf Leistung des Werths: „Wenn der intellektuelle ungetheilte Theil trotzdem, dass e: in Wirklichkeit nicht existirt, als Gegenstand von Rechten aufgefasst wird, so ist dies so zu verstehen, dass durch ihn der Maassstab bezeichnet werden soll, nach welchem den Berechtigten der wirthschaftliche Nutzen der Sache gebührt; vgl. Windscheid l. c. S. 427 Not. 11 gegen die herrschende Auffassung, als ob der Antheil sich auf das Recht selbst bezöge und Not. 10 gegen die Lehre von Wächter und Unger, dass bei der intellektuellen Theilung die Sache, obgleich wirklich nicht getheilt, als getheilt gedacht wird, weil dabei die Frage, auf welche es eigentlich ankäme, in welchem Sinn wird sie als getheilt gedacht, unbeantwortet bleibe.

[4]) Vgl. über die durch das Verkehrsbedürfniss hervorgerufene, die Anfänge der Solidarhaft der modernen offenen Handelsgesellschafter bildenden Ausnahmen im Bank- und Sklavenhandel Savigny, Obligationsrecht I S. 151 und Rössler, Zeitschr. für das gesammte Handelsr. IV S. 265 bis 274 und über die gleichfalls durch das Kreditbedürfniss hervorgerufene actio tributoria. — enthaltend die Anfänge der Selbständigkeit des Handelsgesellschaftsvermögens — vgl. Bekker, Zweckvermögen, insbesondere Pesulium, Handelsvermögen und Aktiengesellschaften in d. Zeitschr. f. d. g. Handelsrecht IV S. 501 f. und Dietzel: Die Kommanditen-Gesellschaft und die actio tributoria in d. Zeitschr. III S. 1 f.

Einstimmigkeit maassgebend. Das Veto eines Einzigen genügt, um jede Aktion zu verhindern: in re pari melior est causa prohibentis.

Die Fortdauer der bei Eingehung des Vertrages vorhandenen persönlichen und sachlichen Momente, auf Grund derer die Societät verabredet ist, bleibt die stillschweigende Voraussetzung für die Rechtsbeständigkeit des ganzen Verhältnisses. Die Sozietät wird nicht nur aufgehoben durch Unmöglichkeit des Geschäfts, durch Untergang des Gegenstandes der Sozietät, durch den Tod eines Gesellschafters oder durch die capitis deminutio maxima und media (Entmündung, Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines der Gesellschafter), sondern auch durch einseitige Aufkündigung, welche die Theilung des Vermögens mit der actio communi dividudo herbeiführt. Das pactum ne abeatur a societate hat keine Wirkung, das pactum ne intra certum tempus abeatur steht dem Rücktritt ex justa causa nicht entgegen.

Auch die allgemeinen Grundsätze über Stellvertretung leiden in ihrer Anwendung auf die Sozietät keine Modifikation. Die in dem heutigen Prinzip der unbedingten Zulässigkeit der freien Stellvertretung bei Verträgen (Repräsentationsprinzip [5]) liegenden Verkehrserleichterungen kamen der altrömischen Sozietät nicht zu Statten; auch für diese galt der Grundsatz des altrömischen Rechts, dass eine Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen unzulässig sei, so dass wenn Jemand ein Geschäft durch einen Anderen vollziehen lassen wollte, dieser im eigenen Namen kontrahiren und dann über die daraus entspringenden Rechte und Verbindlichkeiten sich mit seinem Auftraggeber ausgleichen musste. (System der actio utilis.) Kurz die Sozien werden in allen Punkten, sowohl in den Beziehungen unter einander als Dritten aus den gemeinschaftlichen Sachen gegenüber als selbständige koordinirte nur unter sich durch den Vertrag vinkulirte Individuen, in keinem Stück aber als eine von der Vielheit verschieden zu denkende juristische Einheit behandelt.

Die den civilistischen Unterschied zwischen der Korporation (Universitas) und der Societas bildenden Rechtsregeln, lassen sich in zwei Massen theilen. 1. in solche, welche die Verfassung, das innere Leben der Korporation zum Gegenstand haben, wie die Führung der Geschäfte durch Vorsteher und die Erledigung der übrigen gemeinsamen Angelegenheiten durch in gehörig zusammenberufener Mitgliederversammlung gefassten Majoritätsbeschlüsse — sog. inneren Rechte der Korporation — 2. die logischen Konsequenzen der Idee der juristischen Person und zwar sowohl die repressiven die Erhaltung des Korporationsvermögens dem Willen der zeitigen Mitglieder gegenüber zum Gegenstand habenden Wirkungen als die produktive sich auf den äussern Rechtsverkehr beziehende Seite. Letztere die Aktion im Verkehr betreffenden Rechtsregeln pflegt man als sog. äussere Rechte der Korporation zu bezeichnen und in Betreff hierauf heisst es in der für die preussischen Staaten ergangenen Kodifikation des deutsch-römischen Rechts „Korporationen und Gemeinen stellen in Geschäften

---

[5]) Savigny, System III § 13; Puchta, Pandekten §§ 52, 273; vgl. auch O.H.G. vom 18. Juni 1872 VI S. 406.

des bürgerlichen Lebens Eine moralische Person vor[6]) im Gegensatz zu den der staatlichen Anerkennung als juristische Person entbehrenden Gesellschaften „dergleichen Gesellschaften stellen im Verhältnisse gegen Andere ausser ihnen keine moralische Person vor und können daher auch solche weder Grundstücke, noch Kapitalien auf den Namen der Gesellschaft erwerben.“ Die zur ersten Kategorie gehörigen Normen enthalten nur Ausnahmen von dem subsidiären allgemeinen Gesellschaftsrecht und sind daher den denselben benöthigten Privatgesellschaften im Wege der Autonomie[7]) der Genossen durch entsprechende Vertragsclauseln zugänglich, während die das Auftreten der Korporation im Verkehr als eine „moralische Person“ ermöglichenden Rechtssätze ebensoviel Ausnahmen von dem allgemeinen Recht (Prozessfähigkeit, Lehre von der Stellvertretung und Vollmacht, Erwerb und Ausübung der einer Mehrheit von Individuen gehörigen Sachen und Rechten, Haftpflicht der Genossen, Verfolgungsrecht der Gläubiger, welche einer Mehrheit von Personen Kredit gegeben haben u. s. w.) enthalten und die daher auf, den Stoff der juristischen Person nicht in sich tragende, Gesellschaften nicht anders als durch eine Beugung des allgemeinen Gesellschaftsrechts, sei es im Wege der positiven Gesetzgebung oder durch Intervention des Gewohnheitsrechts ausgedehnt werden können.

Der Zweck aller erwerbsthätigen Assoziationen ist die Erhaltung oder Verbesserung der wirthschaftlichen Lage der verbundenen Individuen. Die gemeinschaftlichen Mittel zur Erreichung des Zweckes sind Arbeit und Kapital; die Uebernahme der Verpflichtung zur Leistung von Diensten oder von (einmaligen fortlaufenden gemessenen oder ungemessenen) Beiträgen, an Geld oder geldwerthen Sachen. Je nach dem das den Beitritt verursachende Motiv in dem Erstreben einer den beigesteuerten Mitteln entsprechenden Rente oder in der Erwartung anderer, der Einzelwirthschaft der Mitglieder zufliessenden wirthschaftlichen Vortheilen beruht, zerfallen die nicht bloss für vorübergehende Geschäfte (s. g. Gelegenheitsgesellschaft, societas unius rei) gebildeten Assoziationen in Kapitals- oder Gewerbegesellschaften in specie (Dividendengesellschaften) und in gewerbliche Vereine im Allgemeinen.[8]) Zu der letzteren Klasse gehören insbesondere die modernen auf das System der Selbsthülfe und der Gegenseitigkeit gegründeten Wirthschaftsgenossenschaften und Versicherungsvereine, indem es

---

[6]) Allgemeines Landrecht für die Preuss. Staaten Thl. II Tit. 6, § 81, 13.

[7]) Sodales sunt, qui eiusdem collegii sunt, quam Graeci ἑταιρίαν vocant. His autem postestatem facit lex pactionem, quam velint, sibi ferre, dum ne quid ex publica lege corrumpant. (l. 4 pr. Dig. de Collegiis et Corporibus 47, 22).

[8]) Das Reichsgesetz vom 4. Juli 1868 regelt die Rechtsverhältnisse der Gesellschaften von nicht geschlossener Mitgliederzahl, welche die Förderung des Kredits des Erwerbens oder der Wirthschaft ihrer Mitglieder mittelst gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebes bezwecken (Genossenschaften) namentlich 1) Vorschuss- und Kreditvereine, 2) Rohstoff- und Magazinvereine, 3) Vereine zum gemeinschaftlichen Einkauf von Lebensbedürfnissen im Grossen und Ablass in kleineren Partieen an ihre Mitglieder (Konsumvereine), 4) Vereine zur Herstellung von Wohnungen für ihre Mitglieder, 5) Vereine zur Anfertigung von Gegenständen und zum Verkauf der gefertigten Gegenstände auf gemeinschaftliche Rechnung, die sg. Produktivgenossenschaften.

bei ihnen theils darauf abgesehen ist: die das Leben, die Gewohnheit, oder das Eigenthum bedrohenden Gefahren des Einzelnen und dessen Angehörigen durch die Vertheilung der Gefahr auf die Schultern Vieler erträglich zu machen oder aber dem Einzelnen durch die Kooperation Vieler den Genuss von wirthschaftlichen Vortheilen, von welchen der Einzelne, wenn er in seiner Isolirtheit verbliebe, völlig oder theilweise ausgeschlossen wäre. (Kredit, Billigkeit und Güte von Lebensbedürfnissen und Wohnungen, Mitgebrauch von Werkzeugen, von Maschinen, von Geschäftsräumen u. s. w.) zugänglich zu machen. Die erstere Klasse umfasst die Gewerbegesellschaft des Civil- und Handelsrechts, die societas negotiationis alicujus im Gegensatz zu der societas unius rei, der Gewerkschaft des Bergrechts, der Mitrhederei und auch der s. g. Produktivgenossenschaften.

Ein weiterer Eintheilungsgrund der erwerbsthätigen Assoziationen ist die Anzahl der Mitglieder: ob die Vereinigung auf das persönliche einträchtige Zusammenwirken weniger durch gegenseitiges Vertrauen zusammengeführten Individualitäten gestellt ist, oder ob der Gesellschaftszweck nicht an die Person der Begründer gebunden und deshalb die Betheiligung Vieler, sowie damit einen steten Wechsel der Mitgliedschaft zulässt. Den Produktivgenossenschaften, sowie den anderen auf das Prinzip der Selbsthülfe und der Gegenseitigkeit gebauten Verbänden haftet der Karakter als grosse Assoziationen (Genossenschaften-Kompagnien) der Natur der Sache nach an, und dasselbe gilt von der Mitrhederei und Gewerkschaft, wenn das Schiffs- oder Bergwerksvermögen der Genossen Kraft deren Willen in eine grosse Anzahl veräusserlicher Antheile zerlegt ist, so dass der Begriff der kleinen Gesellschaft auf die römische Sozietät und die moderne Handelsgesellschaft beschränkt bleibt.

Die Einrichtungen der römischen Sozietät sind überhaupt nicht auf die grossen Assoziationen berechnet, sie haben auch den veränderten Grundlagen des Verkehrs gegenüber aufgehört für die kleine Vergesellschaftung zu genügen. Die moderne Gewerbegesellschaft bedarf zur Erreichung ihrer wirthschaftlichen Aufgabe einer Reihe von Einrichtungen, durch welche bewirkt wird:

1. Unmittelbarkeit der Anknüpfung aller auf den Gesellschaftszweck bezüglichen Rechte und Pflichten an die Person der Gemeinschafter ohne Durchgang durch die Mittelspersonen, die dabei mitgewirkt haben; 2. rechtliche Trennung des Gesellschaftsvermögens von dem Sondervermögen der Gesellschafter soweit dies nothwendig ist, um zu verhindern, dass der gemeinschaftliche Fonds seinen bestimmungsmässigen Zweck: zur Durchführung des Unternehmens und der Sicherheit der Gesellschaftsgläubiger zu dienen, durch den Sonderwillen der Gesellschafter und deren Privatgläubiger abwendig gemacht würde; 3. Verhinderung der Zerstörung des geschaffenen Produktionskörpers, wenn die Fortsetzung des Unternehmens bei Veränderungen in der Person der Unternehmer gewollt wird. Die grossen Assoziationen bedürfen ausserdem noch, um existenz- und entwickelungsfähig zu sein, der inneren Organisation nach dem System der Generalversammlung (Mehrheitsbeschlüsse), sowie der Sanktion des pactum ne dividatur und des auch den Interessen des Kredit gebenden Publi-

kums dienlichen Schutzes des Einzelmitgliedes gegen Klagen der Gesellschaftsgläubiger während der Dauer der Gemeinschaft.

Diesen Bedürfnissen ist in Betreff der kleinen Gewerbegesellschaft durch die schöpferische Macht des Gewohnheitsrechts, dem die gesetzliche Sanktion nachgefolgt ist, genügt worden; (Relationen der Gesellschaftsfirma, modernes Repräsentationsprinzip der Stellvertretung, Entwickelung des Gedankens der actio tributoria zu dem Vorzugs- und Separationsrecht der Gesellschaftsgläubiger u. s. w.), während die Versorgung der grossen nicht unter den Begriff der Handelsgesellschaft fallenden Assoziationen ein Reservatrecht der positiven Gesetzgebung geblieben ist.[9])

Die erhöhte, dem äusseren Verkehr zugewandte Rechtsfähigkeit der Handelsgesellschaft sowohl als der anderweitigen grossen, vom Staat anerkannten erwerbsthätigen Assoziation konzentrirt sich in der sowohl in der Landes- als der Reichsgesetzgebung ständigen Formel:[10])

> Die — offene Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft, Kommanditgesellschaft auf Aktien, die Eingetragene Genossenschaft, die eingeschriebene Hülfskasse, die Gewerkschaft — kann unter ihrer Firma (Namen) Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigenthum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden. Ihr ordent-

---

[9]) Die mit der Existenz grosser, dem Einfluss des Staates entzogener Kapitals- und Personalvereine verbundenen politischen und wirthschaftlichen Gefahren haben schon früh (Verbote der römischen Kollegia, Savigny, System II S. 257, Th. Mommsen. De Collegiis et Sodaliciis Romanorum; 843 die Verbote der Gülden im fränkischen und deutschen Reich, von welchen nach dem Cap. v. 779 nicht eidliche Vereine zu gegenseitiger Unterstützung eximirt waren, vgl. Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht Bd. I S. 236) zu einer Intervention des Staates geführt und zwar nach dreierlei Richtung: 1) Verbote von gewissen Vereinen als unerlaubt und Unterwerfung von nicht blossen Erwerbszwecken dienenden Vereinen unter polizeilichen Beschränkungen; 2) das Dogma, dass überhaupt ein Verein nicht ohne öffentliche (ausdrückliche stillschweigende) Genehmigung zur juristischen Person werde, mit der praktischen Wirkung, dass gewisse die Eigenschaft als juristische Person in sich tragenden Vereine ohne ausdrückliche oder stillschweigende Anerkennung des Staates, der den Korporationen von rechtswegen zustehenden Rechtsstellung insoweit entbehren müssen, als solche nicht mit dem allgemeinen Recht konguirt; 3) das legislatorische Prinzip, dass die Begabung von erwerbsthätigen zu juristischen Personen ihrer Natur nach nicht qualifizirten Vereinen mit einer im allgemeinen Recht nicht begründeten Rechtsstellung nicht von dem Gewohnheitsrecht, sondern nur im Wege der positiven Gesetzgebung zulässig sei. Vgl. Troplong, Contrat de société, Einleitung S. 52 über die in Frankreich verbreiteten sociétés taisibles ou tacites, welche im 16. Jahrhundert verboten wurden und zwar mit aus dem Grunde, weil durch die Illation des Vermögens in diese, die Theilungsklage ausschliessenden Verbände die Privatgläubiger der Genossen beschädigt würden, „on craignit pour les créanciers qu'elle pouvait frustrer" und daselbst S. 37 über die noch älteren unter den Hörigen bestandenen sociétés rustiques, welche unter einem gewählten Oberhaupt (chef du chanteau) standen, der für die Gesellschaft unter deren gesammtem Namen unter einer Art Firma kontrahirte „un tel et ses comparsonniers ou personniers".

[10]) H.G.B. Art. 111, 164 § 11 des Reichsgesetzes vom 4. Juli 1868; § 5 des Reichsgesetzes über die eingeschriebenen Hülfskassen vom 7. April 1876; § 96 des Allgemeinen Berggesetzes für die Preussischen Staaten vom 24. Juni 1865.

licher Gerichtsstand ist bei dem Gerichte, in dessen Bezirk sie ihren Sitz hat.[11])

Man kann diese auf verschiedenen Gebieten (rationes juris und utilitatis) entspringenden, aber auf ein und denselben Zweck: Herstellung und Erhöhung der Verkehrs-, Erwerbs-, Kredit- und Produktionsfähigkeit von erwerbsthätigen Vereinen, gerichteten Rechtsregeln sammt deren, durch die Jurisprudenz zu ziehenden Konsequenzen unter den allgemeinen Gesichtspunkt bringen, dass dadurch eine, zu einem gemeinsamen Zweck verbundene Vielheit von Individuen als eine juristische Einheit, gleich als ob die Vielheit eine einzige physische Person wäre, behandelt wird. Die Beziehungen, bei welchen diese Behandlung eintritt, sind bei der grossen Assoziation mannigfaltiger als bei der kleinen Vergesellschaftung, weil die Rückdrängung des Sonderwillens bei aus einer grossen Menge nur mit kleinen Beiträgen und daher kleinen Betheiligungsquoten am Gemeingut interessirenden Theilnehmern bestehenden Vereinen naturgemäss stärker ist als bei den wegen der damit verbundenen illimitirten Haftpflicht regelmässig das ganze Privatvermögen der Mitglieder affizirenden Dividendengesellschaften. Auch die Konstruktion der Beziehungen der Genossen unter einander, sowie der beschränkten Einwirkung, welche dem Einzelnen in Betreff des Vereinsvermögens und des Betriebes der gemeinsamen Angelegenheiten zustehen, wird wesentlich erleichtert, wenn man die Vielheit wegdenkt und sich als eine juristische Einheit, also als ein ideales Wesen vorstellt. Es wird dadurch zwischen dem Einzelmitgliede und dem Gesellschaftsvermögen, sowie dem Verband der dem Einzelnen in Betreff dessen Sonderrechte und Sonderpflichten als berechtigtes und verpflichtetes Subjekt entgegenstehenden Mitgenossen eine Obligation eingeschoben, vermöge deren es stets die Gesellschaft als solche, als juristische Einheit ist, welche die Herrschaft über das Vereinsvermögen ausübt, dahin alle Beiträge einzieht und alle Sonderansprüche der Mitglieder daraus befriedigt.

Der rechtliche Unterschied zwischen der Summe der Rechte und Pflichten, welche alle Genossen miteinander am Gesellschaftsvermögen und Dritten gegenüber haben (Gesellschaft als solche) und den aus der Gesellschaft originirenden Rechte und Pflichten, welche zwischen den einzelnen und dem Verbande der Mitgenossen (Verbandsrechte und Pflichten), wird dadurch nicht beseitigt, sondern nur verdeckt, und zwar konform mit der Praxis, nach welcher die Vereinsvorsteher zur Vereinfachung der Verwaltung ebensowohl mit der Wahrnehmung der Rechte und Pflichten der Gesellschaft als solche, wie der Verbandsrechte und Pflichten betraut sind.

---

[11]) Deutsche C.P.O., § 19: „der Allgemeine Gerichtsstand der Gemeinden der Korporationen sowie derjenigen Gesellschaften, Genossenschaften oder anderen Personenvereine und derjenigen Stiftungen, Anstalten und Vermögensmassen, welche als solche verklagt werden können, wird durch den Sitz derselben bestimmt. Als Sitz gilt, wenn nicht ein anders erhellt, der Ort, wo die Verwaltung geführt wird. Gewerkschaften haben den allgemeinen Gerichtsstand bei dem Gerichte, in dessen Bezirke das Bergwerk liegt. Neben dem durch die Vorschriften dieses Paragraphen bestimmten Gerichtsstande ist ein durch Statut oder in anderer Weise besonders geregelter Gerichtsstand zulässig."

Trotz dieser juristischen Technik behalten die derselben unterliegenden Vereine ihre juristische Natur als Privat-Erwerbsgesellschaften, was sich namentlich bei der Auflösung wie darin zeigt, dass die der Totalität der zeitigen Korporationsmitglieder versagte Allmacht über das Schicksal, die Verfassung und das Vermögen der Korporation, den Handelsgesellschaften, den Gewerken und den Genossenschaftern zusteht, wenn Einstimmigkeit vorhanden ist.

Die dem Einzelwillen gesetzten Beschränkungen sind nicht wie bei der Korporation unabänderlich, weil sie nicht durch einen über den zeitigen Vereinsmitgliedern stehenden Willen (Stiftungswillen), sondern selbst und freiwillig gesetzt sind, so dass die aufgerichteten Schranken jederzeit durch den Willen ihrer Urheber zerbrochen werden können. Auch die Dispositionsbeschränkungen über das Gesellschaftsvermögen sind nur temporäre, sie gehen nicht soweit, dass darin ein Verzicht auf das Miteigenthum zu Gunsten des als Herrscher des Vermögens zu idealisirenden Gesellschaftszweckes zu finden wäre. Durch die Vertheilung kehrt das Vermögen in die faktische Herrschaft der bestimmten physischen Individuen, in deren Rechtseigenthum zu stehen es keinen Augenblick aufgehört hat, zurück. Das reale Substrat der Korporation ist ein herrenloses, weil es ein zur Befriedigung von Bedürfnissen unbestimmter Personen auf Generationen bestimmtes Vermögen ist. Die daraus für die Erhaltung, Entwicklung und Finalbestimmung des Korporationsvermögens und der Rechtstellung der zeitigen Korporationsmitglieder abzuleitenden Konsequenzen (Fortdauer der Korporation in Einem Mitgliede, Erbfähigkeit, Korporationsmitglied als Schiedsrichter in Korporationsstreitigkeiten u. s. w.) sind auf die Rechtsverhältnisse der den Stoff der juristischen Person nicht in sich tragenden Vereine nicht anwendbar. Wenn die Handelsgesellschaften die Gewerkschaften und die Genossenschaften als „juristische Person" bezeichnet werden, so liegt darin eine doppelte Fiktion und bedeutet dies etwas anderes, als wenn von der Korporation ausgesagt wird, dass ihr die Eigenschaft als juristische Person zustehe. Es wird damit nur gemeint, dass eine Vielheit von Personen in gewissen Beziehungen aus praktischen Gründen so behandelt wird, als ob diese Vielheit nur eine einzige physische Person und damit eine juristische Einheit (selbständiges Rechtssubjekt, künstliches Rechtssubjekt) sei. Diese doppelte Fiktion, wodurch die natürlichen Herren eines Vermögens weggedacht und als ein ideales Wesen wieder zugedacht werden, ist nur eine Formel zur Veranschaulichung einer Gruppe von Erscheinungen, die in einem bestimmten Rechtsverhältniss zusammentreffen.

Die materiellen Rechtsbeziehungen werden durch die Fiktion nicht verändert. Das natürliche und reale Substrat der modernen Vereine bleibt die Gesammtheit der Theilnehmer und zwar sowohl nach der dinglichen als nach der persönlichen Seite hin. Jeder Einzelne hat Theil am gemeinsamen Eigenthum und an den gemeinsamen Schulden. Der höhere Rechtsbegriff, unter welchen diese Rechtsgebilde stehen, ist der Sozietätsbegriff uud nicht der Korporativbegriff.

Die Aktiengesellschaft ist die am höchsten entwickelte Spezies der Gruppe der erwerbsthätigen Majoritätsverbände, der auch die Kommanditgesellschaft auf

Aktien, die Mitrhederei, die Gewerkschaften des neuen deutschen Bergrechts, sowie die auf das System der Selbsthülfe und der Gegenseitigkeit gebauten freien Wirthschaftsgenossenschaften und Versicherungsvereine angehören, indem diese Vereins- und Unternehmungsformen mit einander gemeinsam haben: 1) die Behandlung der Vielheit der Mitglieder in gewissen Beziehungen als juristische Einheit — Eigenschaft als selbständiges Rechtssubjekt; 2) Betrieb der Gesellschaftsangelegenheiten durch gewählte Vorsteher nach dem System der Generalversammlung oder wie bei der Mitrhederei nach dem Prinzip der Majoritätsbeschlüsse — korporative Tendenz, sog. innere Korporationsrechte; 3) das System der Veräusserlichkeit der Mitgliedschaft, wenn Stoff dazu vorhanden ist, welcher den Versicherungsvereinen gänzlich und den deutschen Wirthschaftsgenossenschaften noch zur Zeit [12]) mangelt.

Die Hauptverschiedenheit zwischen den einzelnen, zur Gruppe der Gesellschaft mit kollektiver Personeinheit gehörigen Verkehrsinstitute liegt in der Organisation der Beitrags- und Haftpflicht. Die Aktiengesellschaft ist allein und ausschliesslich nach dem System der absolut beschränkten Beitrags- und Haftpflicht aller Genossen gebildet.

Die Eigenschaften, welche durch den Namen Aktiengesellschaft bezeichnet und ausgesprochen werden sollen, sind: 1) Betrieb eines gewerblichen Unternehmens für gemeinschaftliche Rechnung einer Vielheit von Personen unter einer gemeinschaftlichen Firma zum Zweck der Erzielung eines sich zur jährlichen Vertheilung in Gelde unter die Theilnehmer eignenden Gewinnes. 2) Beschränkung der Beitrags- und Haftpflicht auf den Geldwerth der von jedem Theilnehmer gezeichneten Einlage, deren Summe das publizirte Unternehmungs- oder Grundkapital bildet, welches letztere 3) in einer Geldsumme ausgedrückt und in auf Geldsummen lautende Theile zerlegt sein muss, so dass das arithmetische Verhältniss der Minimalbetheiligungsumme zu der Gesammtziffer des Grundkapitals unabänderlichen Maassstab für die Rechte und Pflichten der Betheiligung bildet. 4) Betrieb des Unternehmens durch gemiethete Intelligenz- und Arbeitskräfte (Vorstand und Gesellschaftsbeamte) und Erledigung der gemeinsamen Gesellschaftsangelegenheiten nach dem System der Generalversammlung. 5) Veräusserlichkeit der Mitgliedschaft mit Einrichtungen, dass die Veräusserung an der Börse stattfinden kann. 6) Veröffentlichung der Grundlagen des Unternehmens und des jährlichen Erfolges. Da die Kuxe und Schiffsparten die

---

[12]) In England werden kündbare und übertragbare Geschäftsantheile (shares) der Wirthschafts- und Baugenossenschaften (G. vom 11. August 1876 und 30. Juli 1874) unterschieden. Die kündbaren Aktien entstehen aus den gutgeschriebenen Gewinnantheilen, Einzahlungen sind darauf nicht gestattet, sie sind nicht übertragbar, können aber mit statutarisch bestimmten Fristen gekündigt werden. Die übertragbaren Aktien entstehen durch die statutarisch vorgeschriebenen Einzahlungen der Mitglieder, sie können wiederum nicht gekündigt werden. Ein ausscheidendes Mitglied muss sie deshalb an ein Anderes verkaufen. In dem Gesetz vom 11. August 1876 ist die Uebertragung für den Todesfall an gewisse nahe Verwandte zugelassen, die Gesellschaft aber berechtigt dem Nachfolger statt der Aufnahme in den Verein, das Guthaben heraus zu zahlen; vgl. Parisius, Die Genossenschaften, Berlin 1876.

juristische Natur von Aktien im Sinne von veräusserlichen Gesellschaftsantheilen haben, so bleibt für die Signatur der Aktiengesellschaft nur übrig: die Konstruktion nach dem System der absolut begrenzten Beitrags- und Haftpflicht aller Genossen, die Börsenfähigkeit der Mitgliedschaft und das System der Publizität der Gründung und der Geschäftsführung. Die Aktiengesellschaft ist kurz als eine korporativ organisirte, nach dem System der absolut begrenzten Beitrags- und Haftpflicht aller Theilnehmer konstruirte Dividendengesellschaft mit zur Veräusserung an der Börse eingerichteter Mitgliedschaft zu definiren.

Nach der französischen Doktrin gilt die juristische Persönlichkeit (être moral, être de droit, être fictif, personne fictive, personne legale) aller Handelsgesellschaften, die anonyme Gesellschaft mit eingeschlossen, für eine so ausgemachte Wahrheit, dass man bei der Kodifikation des belgischen Handelsgesetzbuches keinen Anstand genommen hat, dieser Fiktion die gesetzliche Sanktion zu ertheilen. Der Artikel 2 des belgischen Gesetzes über die Gesellschaften vom 18. Mai 1873 lautet:

La loi reconnait cinq espèces de sociétés commerciales:
La société en nom collectif;
La société en commandite simple;
La société anonyme;
La société en commandite par actions;
La société coopérative;
Chacune d'elle constitue une individualité juridique distincte de celle des associés.

Ebenso einig ist man aber darüber, dass durch diese Fiktion nur die Summe der Eigenthümlichkeiten bezeichnet werden soll, auf welchen der Unterschied der modernen Handelsgesellschaft von der römischen Sozietät beruht, insbesondere der Gedanke, dass bei der modernen Handelsgesellschaft eine Reihe von Beziehungen vorhanden sind wo es nothwendig oder zweckmässig ist, von der Vielheit der Theilnehmer zu abstrahiren und die Vielheit als eine juristische Einheit zu behandeln. So heisst es über diese Fiktion bei Troplong [13])

Au surplus, nous ferons observer que l'existence de cette personne métaphysique [14]) est ce qu'on nomme en jurisprudence, une fiction L'être social considéré en dehors d'associés est une abstraction, ingénieusement personnifiée et matérialisée par les jurisconsultis, pour faire mieux discerner les droits de chacun quand ils sont opposés, et pour les préciser dans une representation en quelque sorte vivante, qui previenne la confusion et les conflicts. Cependant cette fiction doit restreinte dans de justes bornes, et la dialectique qui la pousserait dans ses dernières consequences serait mal avisé Ainsi, bien que

---

[13]) Contract de société Bd. I S. 90, vgl. über die Geschichte dieser Fiktion und deren Konsequenzen Bd. I S. 76—99, 323, 174, 335, 362, 388, 424, 429, Bd. II S. 7, 8, 12, 56, 403, 179—188, 210, 219, 232, 464, 473, 486, 488, 447, 506.

[14]) Ueber die Kontroverse der Ausdehnung der Fiktion auf die kleine Vergesellschaftung des Civilrechts, vgl. Bravard Veyrrières, Traité de droit commercial (Paris 1862) I S. 174.

en égard à certaines relations, il soit juridique dè dire que la société est propietaire des mises toutefois il n'en est pas moins vrai que, dans d'autres rapports, on ne peut détacher l'actif social de l'idée d'une copropriété commune reposant sur la tête de tous les associés. La fiction du corps moral a beau se recommander par la raison et la force de choses; elle ne peut faire que, sous certains rapports les associés ne se regardent pas comme étant en réalité propriétaires indivis des rapports mis en commun. Je le répète l'abdication de l'individualité des associés n'est pas absolue; elle n'est relative elle est limitée à certains effets, elle cesse avec les causes qui l'ont rendue necessaire.[15])

Durch die Anerkennung der Aktiengesellschaft als selbständiges Rechtssubjekt im Artikel 213 H.G.B.

die Aktiengesellschaft als solche hat selbständig[16]) ihre Rechte und Pflichten, sie kann Eigenthum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, sie kann klagen und verklagt werden.

ist nunmehr auch für Deutschland das Dogma sanktionirt, dass in dem Rechtsverhältniss der Aktiengesellschaft zahlreiche Beziehungen, sowohl nach Innen als nach Aussen vorhanden sind, in Betreff welcher die Vielheit der Aktionäre

---

[15]) Die französische Doktrin liegt auch der Preussischen Gesetzgebung über Aktiengesellschaften zum Grunde, wie dies direkt im § 4 des Gesetzes vom 3. November 1838, betreffend die Eisenbahnunternehmungen „Mittelst der Bestätigung des Statuts wurden der Gesellschaft die Rechte einer Korporation oder einer anonymen Gesellschaft ertheilt" und indirekt in den §§ 8 und 10 des Gesetzes vom 9. November 1843, betreffend die Aktiengesellschaften überhaupt: „Aktiengesellschaften erlangen durch die landesherrliche Genehmigung die Eigenschaft juristischer Personen und insbesondere das Recht, Grundstücke und Kapitalien auf ihren Namen zu erwerben und in das Hypothekenbuch eintragen zu lassen. So weit das Statut über Rechte und Pflichten der Aktionäre gegen einander keine besonderen Bestimmungen enthält, kommen die am Sitz der Gesellschaft gesetzlichen Vorschriften über Gesellschaftsverträge zur Anwendung" — ausgesprochen ist; vgl. O.T. Berlin vom 18. Juli 1865. Striethorst, Archiv Bd. 59 S. 329. — Das heute noch herrschende System, wonach die Bemessung der Rechtsfähigkeit grösserer Vereine als Reservatrecht der positiven Gesetzgebung behandelt wird, hat dahin geführt, dass man sich darin gewöhnt hat, die produktiven Konsequenzen der römischrechtlichen juristischen Person mit dem Wesen derselben zu identifiziren und so als juristische Person auch solche Vereine zu bezeichnen, welchen, obwohl sie des natürlichen Substrats der juristischen Person entbehren, die äussere Rechtsstellung der Korporation „die sg. äusseren Korporationsrechte" landesgesetzlich ertheilt sind.

[16]) Vgl. Gelpke, Die Handelsgesellschaft als juristische (moralische) Person in dessen Zeitschr. f. Handelsr. Heft II Berlin 1852 S. 1—76. — Dernburg, Lehrbuch des preussischen Privatrechts (1878 Bd. II S. 604): die Aktiengesellschaft tritt nach Innen und Aussen als ein besonderer Organismus selbständig auf, es liegt daher die Konstruktion als juristische Person sehr nahe, es ist gleichwohl daran festzuhalten, dass die Aktiengesellschaft eine mit korporativen Rechten besonders ausgestattete Sozietät ist. — Endemann, Handelsr. 1876 S. 252 Not. 22: „da der Aktienverein sein Wesen und seinen Kredit lediglich in seinem Vermögensinhalt, nicht in den Personen der Theilnehmer hat, so ist es unumgänglich, denselben als selbständiges Rechtssubjekt zu betrachten."

als juristische Einheit[17]) behandelt werden muss. Die Aktiengesellschaft ist damit in frische Luft gebracht, es ist gesetzlich ermöglicht, ihre Rechtsverhältnisse nach der Natur der Sache zu gestalten und zwar frei von den einengenden Vorschriften, welche das römische Recht über die societas nach der einen Seite und über die universitas nach der anderen Seite enthält.

In der deutschen Doktrin[18]) ist eine Einigung über die juristische Natur der Aktiengesellschaft noch nicht erzielt. Zwischen der Auffassung der Aktiengesellschaft als juristische Persönlichkeit, sei es im römischen oder deutschrechtlichen Sinne:

Renaud, Aktiengesellschaften 1875[19]) bestimmt Seite 176 die Aktiengesellschaft als „eine Privatkorporation, zu deren Eigenthümlichkeiten es gehört, dass sie nicht ohne ein zum Voraus bestimmtes Vermögen entstehen und nicht ohne Vermögen bestehen kann." Windscheid, Pandektenrecht 1879 I. S. 154: „Der Begriff der Korporation wird dadurch nicht alterirt, dass das Vermögen der Korporation unter die einzelnen Mitglieder seinem Werth nach vertheilt ist wie bei der modernen Aktiengesellschaft, es liegen dann besonders geeigenschaftete Korporationen vor." — Fik, Begriff der Aktiengesellschaft in der Zeitschrift für Handelsrecht V. 1862, bezeichnet Seite 9 die Aktiengesellschaft als eine römisch-rechtliche Korporation, die vermöge ihrer Verfassung nur den einen Zweck hat, einer grösseren Anzahl von Kapitalisten gegenüber genau dieselbe kontraktliche Stelle einzunehmen, welche bei der Kommanditgesellschaft der Komplementar einnimmt. — Kuntze, die Lehre von Inhaberpapieren 1857 S. 511." „Aktienverein ist eine Verbindung von Kommanditisten unter der Firma einer Vereinsperson als Komplementärs und nominellen Unternehmers."

Witte, Erörterung zum Recht der Aktienvereine in der Zeitschrift für Handelsrecht VIII (1865) S. 15. „Der Aktienverein scheint mehr Verwandtschaft mit einer Stiftung zu haben, weil die wesentliche Voraussetzung seiner

---

17) Ideelle Person in dem U. des Reichsgerichts vom 1. Oktober 1880 Bd. II S. 400, durch welches die Frage, ob der die Gesellschaft im Prozess vertretende Direktor über die im Prozesse streitige Thatsache als Zeuge gehört werden kann, verneint ist.

18) Savigny, Obligationsrecht II S. 113 Not. 1 lässt für das Rechtsverhältniss eine zweifache Auffassung zu. „Man kann nämlich die Korporation als Eigenthümer der Anstalt ansehen, so dass dann die einzelnen Aktionäre als Gläubiger der Korporation oder als blose Nutzungsberechtigte gedacht werden müssten. — Man kann aber auch zweitens (welches meine Ansicht ist) die Aktionäre als Miteigenthümer der Anstalt ansehen, so dass die korporative Verfassung blos die leichtere und vollständigere Vertretung nach Aussen zum Zweck hat. Für diese Auffassung spricht der Umstand, dass ursprünglich gewiss eine reine Sozietät (also Miteigenthum der Einzelnen) vorhanden ist, und dass die spätere Ertheilung der Korporationsrechte gewiss nicht dazu bestimmt ist, das innere Rechtsverhältniss wesentlich umzuändern."

19) Vgl. daselbst S. 133—189 die Untersuchung der verschiedenen Ansichten über die juristische Natur der Aktiengesellschaft, vgl. ferner Hermann, Rechtskarakter der Aktienvereine Leipzig 1850 und Unger in der kritischen Ueberschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft VI 1858.

Existenz mehr in dem Kapital als in der Mehrheit physischer Personen liegt"; vergleiche auch Kuntze, Prinzip der Handelsgesellschaften in derselben Zeitschrift Bd. VI (1863) S. 231. „Stiftung ist ein allgemeiner Rechtsbegriff im Privatrecht, die Schöpfung einer Vermögenssphäre, Zeugung einer juristischen Person durch einen solennen Willensakt der zu diesem Behufe zusammen getretenen Personen, welche der zu schaffenden Persönlichkeit eine ökonomische Ausstattung mitgeben."

Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts 1873, S. 920, 921. „Der Aktienverein ist ein Verein mit juristischer Persönlichkeit, also eine Korporation und zwar in regelmässiger Erscheinung eine Privatkorporation, aber es stellt sich in ihr nicht die römische Universitas in ihrer strengen Durchführung dar, sondern eine korporative Genossenschaft,[20]) in welcher die Rechte der juristischen Person mit Sonderrechten der Mitglieder am Vermögen durchgesetzt sind." — Gierke, Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft 1868, S. 1011. „Der Aktienverein hat sich zur vollendeten Vermögensgenossenschaft gestaltet" und Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffs 1873 S. 915. „Die letzte Stufe in der Entwicklung des korporativen Gesammteigenthums, wie sie im Aktienvereine vollendet ist, beruht auf der Durchdringung des Vermögensbegriffes mit dem abstrakten Werthbegriff. Indem die Funktion des Werthes als selbständige Eigenschaft eines Vermögenskomplexes gesetzt wird, kann ein bestimmtes Vermögen in seinem realen Bestande ganz einer korporativen Einheit zugewiesen, in seinem Werthbestande aber nach Quoten unter die Vielheit vertheilt werden. Dann hat also die Genossenschaft als solche alle unmittelbar auf die Sache selbst gerichteten Herrschaftsrechte, die Genossen aber haben als Einzelne das Recht, auf eine bestimmte Werthquote mit der daraus resultirenden Vertragsquote."

und der entgegengesetzten Auffassung der Aktiengesellschaft als römische Sozietät [21])

Thöl, Handelsrecht 1879 S. 411. „Da die Aktiengesellschaft eine Gesellschaft ist, so fällt sie dem Begriff nach unter die römische societas, und da bei ihr deutschrechtliche Abweichungen von den römischen Rechtssätzen über die societas vorkommen, so fällt sie auch unter den Begriff der Genossenschaft und ist sie mithin nicht eine juristische Person, denn eine juristische Person ist nicht eine Gesellschaft (die beiden Begriffe schliessen einander aus), so wenig wie ein Mensch mehrere Menschen ist; was aber nicht eine Gesellschaft ist, kann auch nicht eine Aktiengesellschaft sein" und Seite 466—475.

stehen die gewissermassen vermittelnden Theorien, durch welche das Aktiengesellschaftsvermögen als solches zur Trägerin des Instituts hingestellt wird:

---

[20]) Vgl. auch Treitschke in d. Zeitschr. f. deutsches Recht Bd. V S. 342; Voigt zur Theorie der Handelsgesellschaften, insbesondere der Aktiengesellschaften in der Zeitschr. f. Handelsr. Bd. I (1858) S. 529; Roesler in derselben Zeitschr. Bd. IV (1861) S. 286 Not. 74a und Schmid im Archiv für die civilistische Praxis XXXVI S. 184.

[21]) S. über Zweckvermögen und die Literatur dafür, bei Windscheid, Pandekten (1879) I §§ 49, 59.

Gans, Beiträge zur Revision der preussischen Gesetzgebung, Berlin 1830, 1832. S. 177. „Die Grundidee oder das Wesen der Aktiengesellschaft besteht in der durch Vertrag bewirkten Vereinigung mehrerer Geldmittel, ohne dass, wie bei anderen Gesellschaften, die Gesellschafter zugleich ihre geistige Thätigkeit, ihre Arbeiten und Bemühungen zur Erlangung des gemeinschaftlichen Endzwecks vereinigen." — Marbach, über den Rechtskarakter der Aktienvereine, Leipzig 1844: Idee eines sachenrechtlich gleichsam organisirten Rechtsganzen, hervorgegangen aus einer unaufkündbaren, die Verbindung ausschliesslich vermittelnden objektiven Rechtsgemeinschaft. — Die Theorie des Zweckvermögens der Aktiengesellschaft, wobei die dem Vermögen seine Einheit und Richtung gegebene Zweckbestimmung zu Grunde gelegt wird, sei es um dadurch das Vermögen zum Substrat der in der Aktiengesellschaft residirenden juristischen Persönlichkeit zu erheben, wie Demelius die Rechtsfiktion in den Jahrbüchern für Dogmatik Bd. IV. S. 118, 126, 129, oder um daraus die Sonderheiten der Rechtsverhältnisse der Aktionäre zu konstruiren, wie Bekker, Zweckvermögen in der Zeitschrift das gesammte Handelsrecht Bd. IV 1861 S. 566 und in den Beiträgen zum Aktienrecht in derselben Zeitschrift Bd. XVII (1872), an welcher letzteren Stelle es Seite 392 heisst „nicht sowohl der im Zweckvermögen enthaltenen Rechte an sich, als der Rechtsgeschäfte wegen, die für ein solches Zweckvermögen nur von Vertretern geschlossen werden können, bedürfen wir eines quasipersönlichen Anhalts, eines vertretenen Etwas. Dass die Wirkungen der von den Vertretern dieses Etwas ausgehenden Handlungen das Vermögen treffen, würde nicht begreiflich sein, wenn das Etwas nicht in den nächsten Beziehungen zu, richtiger über dem Zweckvermögen stünde, ähnlich wie ein Individuum über seinem Individualvermögen. Zur Bezeichnung dieses Etwas gebrauchen wir die Ausdrücke „juristische Person", „Subjekt dieses Zweckvermögens", freilich nicht ohne einigen Schauer vor der Menge unklarer Gedanken oder Nichtgedanken, die mit diesen Worten oft verbunden worden ist, und voraussichtlich auch weiter noch häufig damit verbunden werden wird. Den realen Kern unseres Begriffs aber sehen wir in dem in der Zwecksatzung, bei der Aktiengesellschaft im Gesellschaftsvertrage festgestellten Willen, dem für die ganze Zukunft des Unternehmens massgebenden Gewollthaben."

Dann die Subsumtion der Aktiengesellschaften unter dem Begriff der „Gesellschaft mit kollektiver Personeinheit"

Jolly, das Recht der Aktiengesellschaften in der Zeitschrift für deutsches Recht Bd. XI. 1847. S. 323 ff.[22]): Die Aktiengesellschaft ist keine Korporation, weil ihr Eigenthum pro Rata das Eigenthum ihrer Mitglieder ist, weil der Gewinn den Aktionären zufliesst und das Vermögen bei der Auflösung vertheilt wird. Dagegen tritt die Gesammtheit als berechtigtes oder verpflichtetes Subjekt hervor durch den Ausschluss der Klage der Gläubiger gegen die Aktionäre und dass die Gesellschaftsschuldner nur frei werden durch

---

[22]) Brinckmann, Lehrbuch des Handelsr. 1853 S. 232--235.

Zahlung zur Kasse, nicht pro Rata an die einzelnen Aktionäre, dass keiner der Aktionäre über seine Quote am Gesellschaftsvermögen frei verfügen, auch Servituten daran erwerben kann. In diesen Beziehungen gilt die Aktiengesellschaft vermöge einer rechtlichen Fiktion als eine juristische Person, d. h. sie tritt ihren eigenen Mitgliedern und dritten Personen gegenüber ganz so in Thätigkeit, als wäre sie in der That ein besonderes, von den einzelnen Aktionären verschiedenes Rechtssubjekt.

Unger, System des österreichischen Allgemeinen Privatrechts, vierte, unveränderte Auflage 1876 S. 330 ff. [23]). Bei der Gesellschaft mit kollektiver Personeinheit ist kein von den sämmtlichen Mitgliedern verschiedenes, sie verdrängendes Rechtssubjekt vorhanden, welches von ihnen aus vertreten durch sie blos repräsentirt würde, sondern es ist die Gesammtheit der jeweiligen Mitglieder, welche formell als Einheit erscheint, und formell so behandelt wird, als wäre sie ein besonderes selbständiges Rechtssubjekt, was sie aber in der That nicht ist. Bei der Gesellschaft mit kollektiver Einheit erscheint daher zunächst und formell als berechtigt und verpflichtet die Gesammtheit der jeweiligen Mitglieder, materiell berechtigt und verpflichtet sind, die jeweiligen Mitglieder; welche jene Gesammtheit ausmachen, sie stehen auch dem Vermögen der Gesammtheit nicht als Fremde, Dritten gegenüber; wird die Gesellschaft aufgelöst, so fällt ihr Vermögen ipso jure an die zur Zeit der Auflösung vorhandenen Mitglieder und die Vertheilung des Vermögens an die Gesellschafter ist nicht ein Eigenthumswechsel, sondern nur die Realisirung ideeller Berechtigung. Bei der Korporation bildet selbst der übereinstimmende Wille aller Mitglieder den Willen der juristischen Person nicht. Bei der Gesellschaft mit formeller Einheit dagegen ist der Wille sämmtlicher Mitglieder oder des sie vertretenden Ausschusses (der Kollektivwille) auch der Wille des formell existirenden besonderen Rechtssubjekts; die jeweiligen Mitglieder repräsentiren nicht blos ein ihm fremdes Rechtssubjekt, sondern bringen durch ihr Zusammenwirken in jedem Moment die volle Einheit von neuem hervor.

Die Theorie von der Gesellschaft mit kollektiver Personeinheit enthält eine neue Formulirung des französischen Dogmas von der juristischen Persönlichkeit aller Handelsgesellschaften und wird dadurch die eine Seite der Aktiengesellschaft die Behandlung der Vielheit der Aktionäre als Einheit entsprechend ausgedrückt, sowohl zum Unterschied von der römischen Sozietät als von der römischen Korporation.

Das Aktienprinzip reicht aber weiter als die Aktiengesellschaft. [24]) Das Vor-

---

[23]) Es werden daselbst zu den Gesellschaften mit kollektiver Personeinheit, die der römischen Sozietät entwachsenen aber vom Staat nicht als Korporationen anerkannten Vereine gerechnet, ausser den Aktiengesellschaften: die Sparkassen-, Heimath-, Sterbe-, Wittwen-, Waisen-Kassen, Assekuranzanstalten und die Vereine für gesellige und soziale Zwecke. — Salkowski, Bemerkungen zur Lehre von juristischen Personen, insbesondere den sog. korporativen Sozietäten und Genossenschaften, führt den Gedanken der Gesellschaften mit kollektiver Personeinheit für alle juristischen Personen überhaupt aus.

[24]) Gierke, Rechtsgeschichte der Genossenschaft S. 1014.

kommen von Aktien bei einem, mit einem Personverein in rechtlicher Verbindung stehenden Produktionskörper ist für sich allein noch kein Beweis, gegen die Residenz einer juristischen Persönlichkeit. So sind die von dem Staat betriebenen Anstalten auf Aktien juristische Personen, weil sie dem Staatszweck dienen. Auch sog. gemeinnützige Aktiengesellschaften, bei welchen die Substanz des Vermögens von vornherein für gewisse gemeinnützige Zwecke gewidmet und damit der Vertheilung unter die Aktionäre genannten Stifter entzogen ist, werden zu den juristischen Personen zu zählen sein, weil sie deren natürliches Substrat haben. Und ein solches Substrat, nämlich ein der Allmacht der zeitigen Mitglieder und damit deren Eigenthum entzogenes Vermögen wird zuweilen auch bei zur Errichtung öffentlicher Werke und Anlagen (Eisenbahnen) zusammen getretenen staatlich privilegirten Gesellschaften zu finden sein, wenn die partikularrechtlichen Beschränkungen, welche derartigen Vereinen als Preis für die Privilegien und Monopole auferlegt [25]) sind, so beschaffen sind, dass sie das Eigenthum der Vereinsmitglieder an den Werken und Anlagen aufheben. Dergleichen Verkehrsinstitute scheiden damit aus dem Gesellschaftsbegriff aus. Sie haben nicht mehr die juristische Natur von Aktiengesellschaften, sondern es sind Korporationen mit Aktien und mit veräusserlicher Mitgliedschaft. Das subsidiäre, für solche Rechtsgebilde in Anwendung kommende Recht ist dann nicht mehr das Gesellschaftsrecht, sondern das Recht der Korporationen. Die Aktie kann als Mittel zur Bildung des vermögensrechtlichen Substrats von juristischen Personen benutzt werden, aber es schwebt nicht über jeder Aktie eine juristische, das Vermögen der Aktiengesellschaft beherrschende juristische Person. [26])

[25]) Die landesgesetzliche Ertheilung der Rechte der juristischen Persönlichkeit an das natürliche Substrat der juristische Person habende Verkehrsinstitute bewirkt dann, dass dergleichen Vereine in allen Stücken die Rechtsstellung der öffentlichen Korporation haben § 132. Vgl. auch Thöl, Handelsr. S. 474 über die Ertheilung des Rechts der juristischen Persönlichkeit an Aktiengesellschaften und Unger, System (1876) Bd. I S. 338 Not. 28a.

[26]) Die Frage, ob juristische Person oder nicht, ist auch für die Behandlung der Aktiengesellschaft in publizistischer Beziehung von praktischer Wichtigkeit. Vgl. über die Frage, ob Handels- und Aktiengesellschaften Injurienklagen anstellen können: die Entscheidungen des O.T. Berlin vom 30. September 1875 Bd. 76 S. 346. vom 5. April 1877 Bd. 79 S. 345 vom 20. Oktober 1868; Seyffert, Archiv Bd. 24, Nr. 33 — über die Unzulässigkeit von Geldstrafen gegen Handels- und Aktiengesellschaften, als solche vgl. O.H.G. vom 29. Mai 1874 XIII S. 291 — über den Unterschied der Behandlung der Stempelpflichtigkeit der Sacheinlagen und Naturaltheilungen bei der Liquidation je nachdem der Hergang vom Standpunkt der Sozietät oder der juristischen Person betrachtet wird, vgl. Plenarbeschluss des O.T. Berlin vom 20. Dezember 1875, Entsch. Bd. 76 S. 20 u. U. des badischen Verwaltungsgerichtshofes vom 6. Juli 1869 in d. Zeitschr. f. Handelsr. XV S. 262 — über die Frage der Rechtfertigung der Doppelbesteuerung des Reingewinns der Aktiengesellschaften und des Einkommens, welches die Aktionäre aus den Aktien haben, vgl. Dietzel, Die Besteuerung der Aktiengesellschaften Köln 1859.

V. Die Kommanditgesellschaft auf Aktien.

§ 134.

A. Begriff und Wesen derselben.

Eine Kommanditgesellschaft[1]) auf Aktien ist „eine Kommanditgesellschaft, bei welcher das Kapital der Kommanditisten in Aktien zerlegt ist" (Art. 173). Diese Gesellschaftsform ist eine Kombination des Systems der Responsibilität mit dem Aktienprinzip „die Bildung einer Gesellschaft durch den limitirten Realkredit von Einlagen in Vereinigung mit dem unbeschränkten Personalkredit anderer Mitglieder" (Endemann Handelsrecht, § 67). Um eine persönlich und vermögensrechtlich volle verantwortliche Spitze — Einzelunternehmer oder eine zu einer offenen Handelsgesellschaft vereinigte Mehrheit von Unternehmern — ist ein als Majoritätsverband nach dem System der Veräusserlichkeit der Betheiligung organisirtes Konsortium von Kapitalisten gruppirt.

Das einende Band ist der Gesellschaftsvertrag, welcher beide Grundelemente

---

[1]) Literatur: Thöl, Handelsrecht § 179—201. — Mohl, Ueber Aktienkommanditgesellschaften, ein Beitrag zur Erörterung des H.G.O. (Stuttgart 1857). — Anschütz, Ueber Aktienkommanditgesellschaften im Jahrbuch des gem. deutsch. R. (Bd. I 1857 S. 326—343). — Creizenach, Die Inhaberaktie der Kommanditgesellschaft nach dem französischen Handelsgesetzbuch vom Standpunkt der Gesetzgebung in der Zeitschrift f. Handelsr. II 1859 S. 53—72. — Behrend, Bemerkungen zu dem Bundesgesetz vom 11. Juni 1870 in dessen Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege V (1871 S. 219—237). — Keyssner, Die Aktiengesellschaften und die Kommanditgesellschaften auf Aktien unter dem Reichsgesetz vom 11. Juni 1870 (1873). — Zimmermann, Das Gesetz vom 11. Juni 1870, Busch, Archiv Bd. 20 S. 406—420. — Vgl. auch Lesse, Bemerkungen über die Gründung der A. K. Busch, Archiv V S. 109. — Esser II, Bemerkungen zu Art. 180 und dem Ausscheiden des Komplementars im Centralorgan N. F. III S. 305, IV S. 361 ff. — Weinhagen zu Art. 194, 195, 226 in Busch, Archiv Bd. VI S. 477. — Wolff, Die Auflösung einer A.K. auf Antrag eines Berechtigten im Centralorgan V S. 478—488. Nissen, über die Erhöhung des Grundkapitals in der Zeitschr. f. Handelsr. XIX 1874 S. 378—396 und Keyssner, Die Erhaltung der Handelsgesellschaft gegen die Auflösungsgründe d. H.G.B. (Berlin 1870 S. 64—139) daselbst auch Auszüge aus den Statuten von vor und nach Einführung des H.G.B. gegründeten A.K. — Molle, Die Lehre von den Aktiengesellschaften und den Kommanditgesellschaften auf Aktien (1875) S. 164—200. Renaud, Das Recht der Kommanditgesellschaften (1881) konnte nicht mehr benutzt werden.

zu einem einheitlichen Ganzen zusammenfasst. Wegen des zweifachen Substrats untersteht das Rechtsverhältniss sowohl den Regeln von der einfachen Kommanditgesellschaft als von der Aktiengesellschaft. Wirthschaftlich tritt das im Wege der Aktie zusammengebrachte Kapital — das Kapital der Kommanditisten, Kommanditkapital — in den Vordergrund, wenn die persönliche Spitze — der persönlich haftende Gesellschafter Komplementar,[2]) Girant — keine für sich allein kreditwürdige Kapitalskraft darstellt. Rechtlich dominirt jedoch das persönliche Element nicht blos im Verhältniss zu den Geldgebern — Kommanditisten, bailleurs de fond, sondern auch im Verhältniss nach Aussen, weil der Komplementar für alle Namens der Gesellschaft kontrahirenden Verbindlichkeiten nicht blos subsidiarisch nach Erschöpfung des Gesellschaftsvermögens, sondern neben der Gesellschaft als solcher, als Prinzipalschuldner — mehrere Komplementare solidarisch — obligirt ist.

Das wirthschaftliche Fundament ist daher zwar das praktisch vorwiegende, aber nicht das juristisch allein bedeutsame, wie bei der Aktiengesellschaft. Diesem Dualismus ist im Gesetz dadurch Rechnung getragen, dass dem Rechtsverhältniss theoretisch, die im Art. 213 ausgeprägte juristische Natur der reinen Aktiengesellschaft (§ 123) versagt ist, dass aber alle Vorschriften auf die Kommanditgesellschaft auf Aktien Anwendung finden, durch welche bewirkt werden soll, dass das Aktienkapital trotz seiner Beschränktheit als eine dem Verkehr genehme Operations- und Kreditbasis fungiren kann. Die im Handelsgesetzbuch enthaltenen Verbote der Inhaberaktie und der Liberation der Kommanditaktionäre hängen mit dem bei Abfassung des Handelsgesetzbuchs eingenommenen Standpunkt zusammen, wonach man davon ausging, dass die Nothwendigkeit der Staatsgenehmigung mit Einführung des H.G.B. für Aktiengesellschaften im allgemeinen beibehalten, für die Kommanditgesellschaft auf Aktien aber von den betreffenden Staaten aufgegeben werden würde. Man hielt es deswegen für erforderlich, das Institut mit gewissen, die Solidität verbürgenden Garantien zu umgeben.[3]) Bei diesem Rechtszustand ist es auch nach der durch die Novelle von 1870 erfolgten Freigebung der Aktiengesellschaft belassen worden.

Die Aenderungen der Novelle[4]) beschränken sich 1. auf die Befreiung von der Staatsaufsicht und der Nothwendigkeit der Staatsgenehmigung in demselben Um-

[2]) Complémenteure bei Savary dictionnaire universel de commerce 1723; vgl. Goldschmidt, Diss. de sociétate en commandite, Halle 1851.

[3]) In Oesterreich ist das Erforderniss der Bewilligung der Staatsverwaltung für Kommanditgesellschaft auf Aktien durch die Einführung des H.G.B. nicht beseitigt worden, vgl. Blodig in der Zeitschr. f. Handelsr. VIII S. 108.

[4]) Betreff der Rückwirkung der Novelle auf frühere Kommanditgesellschaft auf Aktien gilt dasselbe wie für Aktiengesellschaften Art. 249a § 4 u. 5. Vgl. Thöl, Handelsr. § 181, 184, 201. — Ueber die Rechtsverhältnisse der vor Einführung des H.G.B. gegründeten Kommanditgesellschaften auf Aktien, vgl. die Entsch. des O.T. Berlin vom 14. Februar 1857; Striethorst Bd. 24 S. 166 vom 21. Juni 1866; Striethorst, Archiv Bd. 63 S. 256 vom 4. Februar 1858 in der Zeitschr. f. Handelsrecht II S. 143. Vgl. auch die Fälle in derselben Zeitschr. III S. 573 (Konkurs VI S. 598) (Ansprüche der Konkursmasse aus der Zeichnung) auch V 364 vom 4. April 1872.

fange, wie bei der Aktiengesellschaft (Art. 249a, § 2 u. 3); 2. die Unterwerfung unter das Handelsrecht, ohne Unterschied, ob der Gegenstand des Unternehmens in Handelsgeschäften oder nicht Handelsgeschäften besteht, „eine Kommanditgesellschaft auf Aktien gilt als Handelsgeschäft, auch wenn der Gegenstand des Unternehmens nicht in Handelsgeschäften besteht“ (Art. 174); 3. Fixirung des Nominalbetrages auf 50 Thlr., jetzt 150 Mark; 4. Sicherung des Fortbestandes der Gesellschaft bei Veränderungen in der Person des Komplementars (Art. 176. 199); 5. die Unterwerfung der persönlich haftenden Komplementare und der Mitglieder des Aufsichtsraths, unter die für den Vorstand und Aufsichtsrath der Aktiengesellschaft im Art. 249 angedrohten Kriminalstrafen (Art. 206), während die gesetzliche civilrechtliche Verantwortlichkeit durch die Vorschrift des Art. 204

> Die Mitglieder des Aufsichtsrathes sind gleich den persönlich haftenden Gesellschaftern solidarisch zur Erstattung geleisteter Zahlungen verpflichtet, wenn mit ihrem Wissen und ohne ihr Einschreiten 1. Einlagen an die Kommanditisten zurückgezahlt, oder 2. Zinsen oder Dividenden gezahlt sind, welche nicht aus dem auf Aktien fallenden Gewinne entnommen wurden, oder 3. die Vertheilung des Gesellschaftsvermögens oder eine theilweise Zurückzahlung des Kapitals der Kommanditisten, ohne Beachtung der gesetzlichen Bestimmungen (Art. 202. 203) erfolgt ist.

insofern abweichend von der Aktiengesellschaft normirt ist, als der Umfang der gesetzlichen Schadensersatzpflicht auf die Erstattung der rechtswidrig geleisteten Zahlungen ausdrücklich beschränkt ist. Diese Beschränkung gilt jedoch nicht für die civilrechtlichen Konsequenzen [5]) aus den mit Kriminalstrafe bedrohten Handlungen.

§ 135.

B. Die Errichtung und die Rechtsverhältnisse der Kommanditgesellschaft auf Aktien während der Dauer des Vertrags.

Die in den §§ 114—129 dargestellten Regeln finden auch für die Kommanditgesellschaft auf Aktien entsprechende Anwendung.

---

[5]) Vgl. einen solchen Fall aus der neuesten französischen Praxis u. Kass. 9. November 1879 in der Zeitschr. f. Handelsr. XXVI S. 262: Eine Kommanditgesellschaft hatte die Erhöhung ihres Kapitals und die Ausgabe 2000 neuer Aktien beschlossen und wurde später falit, einer der Zeichner der neuen Aktien, der zur Einzahlung zur Konkursmasse verurtheilt war, erfuhr später, dass die Emission der neuen Aktien erfolgt sei, obwohl nur 404 derselben bezeichnet waren. Die Mitglieder des Aufsichtsraths, welche er auf Schadenersatz wegen Vernachlässigung der ihnen gesetzlich für die Kontrollirung der Vollzeichnung auferlegten Pflichten belangte, wurden verurtheilt, ihm die eingezahlten Summen zu ersetzen. Es wurde ausgesprochen, dass die Aktienzeichnung nichtig war, weil der Art. 1 vom 24. Juli 1867 auch von einer späteren Erhöhung des Stammkapitals gelte, Kläger also die Nichtigkeit seiner Zeichnung gegen die Falitmasse hätte geltend machen können, wenn ihm nicht durch das Verhalten der wahre Sachverhalt verborgen geblieben wäre.

I. Zur Perfektion des Gesellschaftsvertrages gehören vier Personen, nämlich drei Kommanditaktionäre, die zugleich den ersten Aufsichtsrath bilden und ein Komplementar, die gegenseitig über alle Wesenheiten des Verhältnisses einig sein müssen. Der für die Registrirung erforderliche Inhalt des Vertrages ist im Art. 175 hervorgehoben:

Der Gesellschaftsvertrag muss enthalten

1. den Namen, Vornamen, Stand und Wohnort jedes persönlich haftenden Gesellschafters;

2. die Firma der Gesellschaft und den Ort, wo sie ihren Sitz hat;

3. den Gegenstand des Unternehmens;

4. die Zeitdauer des Unternehmens; im Fall dasselbe auf eine bestimmte Zeit beschränkt sein soll;

5. die Zahl und den Betrag der Aktien oder Aktienantheile;

6. die Bestimmung, dass ein Aufsichtsrath von mindestens drei Mitgliedern aus der Zahl der Kommanditisten durch Wahl derselben bestellt werden müsse;

7. die Form, in welcher die Zusammenberufung der Generalversammlung der Kommanditisten geschieht;

8. die Form, in welcher die von der Gesellschaft ausgehenden Bekanntmachungen erfolgen, sowie die öffentlichen Blätter, in welche dieselben aufzunehmen sind.

Die Firma der Kommanditgesellschaft auf Aktien muss den Namen wenigstens eines persönlich haftenden Gesellschafters mit einem das Gesellschaftsverhältniss andeutenden Zusatze enthalten (Art. 17). Es ist zulässig der Firma Zusätze beizufügen, welche zur näheren Bezeichnung des Geschäftes dienen (Art. 16). In der Praxis hat sich der Zusatz zur Hauptsache gestaltet, indem die Firmen überwiegend mit einer dem Gegenstande des Unternehmens entlehnten Bezeichnung beginnen und dann den Nachsatz, den Namen des Komplementars enthalten.[1])

Materiell wichtig ist die Feststellung der Beitragspflicht des Komplementars. Eine Präsumtion für den Maassstab der Partizipation des Komplementars am Eigenthum und am Gewinn und Verlust des Unternehmens besteht nicht; ebensowenig aber auch eine Beschränkung der Vertragsfreiheit in diesem Punkte. Die Abrede, dass der Komplementar nur seine Thätigkeit einlegen und dafür einen festen Gehalt nebst einen Antheil vom Reingewinn erhalten solle, ist ebenso wenig zulässig wie die Abrede, dass der Komplementar sein ganzes Vermögen oder einen Antheil seines Vermögens für die Zwecke der Gesellschaft kontribuiren solle oder, dass seine Kapitalbetheiligung auf eine bestimmte Anzahl von Aktien beschränkt sein soll. Letzteres bildet die Regel und hierauf bezieht sich die absolute Vorschrift des Art. 181:

Für die gesellschaftlichen Kapitalantheile, welche auf die Einlagen der

---

[1]) Keyssner, Die Erhaltung der Handelsgesellschaft gegen die Auflösungsgründe des H.G.B. (Berlin 1879) S. 119.

persönlich haftenden Gesellschafter, oder welche denselben als besondere Vortheile ausbedungen sind, dürfen keine Aktien ausgegeben werden; diese Kapitalantheile dürfen von den persönlich haftenden Gesellschaftern, solange die letzteren in diesem ihrem Rechtsverhältnisse zur Gesellschaft stehen, nicht veräussert werden.

wonach der Mussantheil des Komplementars — der Theil statutarischen des Kommanditaktienkapitals, welchen ein Komplementar vertragsmässig in dieser seiner Eigenschaft hat — als eine unveräusserliche Kaution zur Sicherheit der Kommanditisten und Gesellschaftsgläubiger bis zum Ausscheiden des betreffenden Komplementars behandelt wird.

II. Keine Kommanditgesellschaft auf Aktien ohne Registrirung (Art. 178). Die Vorbedingungen der Registrirung sind im Verhältniss zu der Aktiengesellschaft theils erleichtert, theils erschwert. Letzteres ist in sofern der Fall, als die Registrirung, ohne Unterschied des Gegenstandes des Unternehmens, nicht eher erfolgen darf, als wenn mindestens ein Viertheil des von jeden Kommanditisten (also auch von den Zwangsaktien des Komplementars) gezeichneten Betrages eingezahlt ist (Art. 177, Nr. 2) und sodann durch die Vorschrift des Art. 180.

Wenn ein Gesellschafter eine Einlage macht, welche nicht in baarem Gelde besteht, oder wenn er sich zu seinen Gunsten besondere Vortheile ausbedingt, so muss in einer Generalversammlung der Kommanditisten die Abschätzung und Prüfung der Zulässigkeit angeordnet und in einer späteren Generalversammlung die Genehmigung durch Beschluss erfolgt sein. Der Beschluss wird nach der Mehrheit der in der Versammlung anwesenden oder durch Vollmacht vertretenen Kommanditisten gefasst, jedoch muss diese Mehrheit mindestens ein Viertheil der sämmtlichen Kommanditisten begreifen und der Betrag ihrer Antheile zusammen mindestens ein Viertheil des Gesammtkapitals der Kommanditisten darstellen. Der Gesellschafter, welcher die Einlage macht oder sich besondere Vortheile ausbedingt, hat bei der Beschlussfassung kein Stimmrecht.

Ein gegen den Inhalt dieser Bestimmung geschlossener Vertrag hat keine rechtliche Wirkung.

Wenn das Kommanditkapital blos durch Geldeinlagen aufgebracht wird, so bedarf es für die Registrirung keiner weiteren Zusammenberufung der Kommanditisten als zum Zweck der Wahl des Aufsichtsraths. Die Registrirung erfolgt, wenn mit dem gerichtlich oder materiell verlautbarten Statut (Art. 174, Abs. 2) dem Registerrichter überreicht werden (Art. 177):

1. Die Bescheinigung, dass der gesammte Betrag des Kapitals der Kommanditisten durch Unterschriften gedeckt ist.

2. Die Bescheinigung, dass mindestens ein Viertheil des von jeden Kommanditisten gezeichneten Betrages von ihm eingezahlt ist.

3. Dass der Aufsichtsrath nach Inhalt des Vertrags in einer Generalversammlung der Kommanditisten gewählt ist.

Wenn dagegen der Komplementar oder ein anderer Kommanditist auf das Aktienkommanditistenkapital eine Einlage macht, welche nicht in baarem Gelde

besteht, dann bedarf es ausserdem zweier Generalversammlungen, einer zum Zweck der Abschätzung und Prüfung der Zulässigkeit der Illation und einer zweiten, welche auf Grund der von der ersten Versammlung vorgenommenen Prüfung die Genehmigung zu ertheilen, oder zu versagen hat. Mit der Ablehnung der Illation, worüber freies Ermessen entscheidet, ist die Gründung gescheitert. Für den Schutz bei der Illation nicht betheiligter Kommanditisten ist dadurch gesorgt, dass a. dem Gesellschafter, welcher die Sacheinlage macht, das Stimmrecht versagt ist, und b. dass für die Abstimmung das System der Kopfzahl mit dem System des Aktienbesitzes kombinirt ist: jede Aktie gewährt zwar eine Stimme, aber als Majoritätsbeschluss gilt nicht schon, wenn sich die Mehrheit aller Aktien für die Genehmigung der Illation ausgesprochen hat, sondern der Beschluss muss von der Mehrheit der in der Versammlung anwesenden oder durch Vollmacht vertretenen Stimmberechtigten geschehen sein und diese Mehrheit muss ausserdem noch ein Viertheil der sämmtlichen Kommanditisten begreifen und endlich noch mindestens ein Viertheil des Aktienkommanditistenkapitals repräsentiren. Durch die für den gleichen Fall der Aktiengesellschaft, Art. 200 b, nicht gezogene Konsequenz des Schlusssatzes des Art. 180

> Ein gegen den Inhalt dieser Bestimmung geschlossener Vertrag hat keine rechtliche Wirkung.

ist die Erfüllung der im Art. 180 vorgeschriebenen Kautelen nicht blos zur Vorbedingung der Registrirung, sondern auch der Gültigkeit des Vertrages überhaupt gemacht, so dass dergleichen Mängel des Vertrages nicht, wie dies bei der Aktiengesellschaft der Fall ist, durch die Eintragung saniren (§ 115).

Die Kautelen des Art. 180 finden auch auf den Fall Anwendung, wenn der Komplementar oder ein anderer Kommanditist sich zu ihren Gunsten besondere Vortheile, z. B. Bezugsrechte auf Aktien späterer Emission ausbedingen. Sie kommen auch ferner zur Anwendung, wenn behufs Erhöhung des Kommanditkapitals später eine Sacheinlage gemacht wird; sie greifen aber nicht in dem für die Aktiengesellschaft im Art. 209 b hervorgehobenen Fall Platz, „wenn Anlagen oder sonstige Vermögensstücke von der zu errichtenden Gesellschaft übernommen werden sollen". Die Beschwerung der Kommanditgesellschaft auf Aktien mit dergleichen Geschäften ist der Autonomie der Genossen überlassen.

III. Die Publizität ist dieselbe wie bei der Aktiengesellschaft. Ausser der Errichtung der Kommanditgesellschaft auf Aktien und deren Zweigniederlassungen (Art. 179. 152. 153) sind zu registriren a. alle Veränderungen in der Person der Komplementare und Prokuristen der Gesellschaft (Art 176. 199. 129), b. jede Abänderung des Gesellschaftsvertrages Art. 198, wohin im Art. 203 auch die theilweise Zurückzahlung des Kapitals der Kommanditisten gerechnet wird, c. die Auflösung und Liquidation der Gesellschaft Art. 201. 202. Die Anmeldung zur Eintragung der Gesellschaft selbst und deren Zweigniederlassungen muss von sämmtlichen Komplementaren vorgenommen werden (Art. 177. 179). Zur Herbeiführung der Eintragung der von der General-

versammlung beschlossenen registerpflichtigen Thatsachen,[2]) bei welchen es nicht wie z. B. bei einer Veränderung in der Person des Komplementars einer Mitwirkung des letzteren bedarf, ist der Aufsichtsrath allein kompetent (Art. 186, Abs. 2).

In Betreff der für die Errichtung der Gesellschaft vorgeschriebenen Veröffentlichung durch die Gerichtsblätter, findet insofern ein Unterschied gegen die Aktiengesellschaft statt, als der Gegenstand des Unternehmens, die Zeitdauer und die Höhe des Gesammtunternehmungskapitals der Kommanditgesellschaft auf Aktien nicht mit veröffentlicht werden (§ 120). Der betreffende Zeitungsauszug braucht nur zu enthalten 1. das Datum des Vertrages, 2. den Namen, Vornamen, Stand und Wohnort jedes persönlich haftenden Gesellschafters, 3. die Firma der Gesellschaft und den Ort, wo sie ihren Sitz hat, 4. die Zahl und den Betrag der Aktien und Aktienantheile, 5. die Form, in welcher die von der Gesellschaft ausgehenden Bekanntmachungen erfolgen, sowie die öffentlichen Blätter, in welcher dieselben aufzunehmen sind, 6. die sogenannte Austrittsklausel (§ 136).

IV. Die Organisation ist, wie bei der Aktiengesellschaft: Komplementar als Vorstand, Aufsichtsrath, Generalversammlung, Universalversammlung, System der Einzelssphäre und Kollektivssphäre des Kommanditaktionärs. Eigenartig ist nur das Rechtsverhältniss des Komplementars.

1. Der Vorstand der Aktiengesellschaft steht ausserhalb des zwischen den Aktionären geschlossenen Sozietätsvertrages. Seine Beziehungen nach innen beruhen auf den zwischen ihn und der Gesammtheit geschlossenen Anstellungsvertrage nach aussen hin auf seiner gesetzlichen Verkehrsvollmacht. Zwischen ihm und dem Einzelaktionär bestehen weder Sonderrechte noch Sonderpflichten. Das berechtigte und verpflichtete Subjekt aus dem Anstellungsvertrage ist dem Vorstand gegenüber zwar die Summe der jeweiligen Aktionäre, jeder nach seinem Gesellschaftsantheil, doch nur so, dass jeder daraus nicht selbständig für sich, sondern nur in Gemeinschaft mit allen anderen „alle insgesammt und nicht besonders“ berechtigt und verpflichtet sind. Die Gehalts- und Entschädigungsansprüche des Vorstandes können nicht gegen den Einzelaktionär, sondern nur gegen die Gesammtheit zur Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen verfolgt werden und dasselbe gilt umgekehrt wegen der Regressansprüche aus der Geschäftsführung des Vorstandes. Wenn dem Vorstand neben seiner Vertretung nach aussen auch noch aus praktischen Gründen: Herstellung der Einheit der Verwaltung, die Wahrnehmung mancher inneren Gesellschaftsrechte obliegt, so fungirt der Vorstand hierbei überall als unparteiischer Repräsentant der Aktionäre und nicht aus eigenem Recht. Bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien, stehen sich dagegen von Anfang an und während der Dauer des ganzen Verhältnisses zwei, kraft eigenen Rechts, gleichberechtigte Gewalten gegenüber: der Komplementar und das Konsortium der Kommanditaktionäre. Der Gesellschafts-

---

[2]) Zulässigkeit der Prokuristen der Kommanditgesellschaft auf Aktien, anerkannt in VII 414 vom 2. November 1872, XIX S. 69, 70, vom 15. Februar 1873.

vertrag entsteht erst, nach dem sich die Konsorten unter einander und sodann mit dem Komplementar geeinigt haben. Gegenstand des Konsortialsvertrages ist nicht der gemeinschaftliche Betrieb von Geschäften, sondern die Abschliessung des hierzu führenden Vertrages mit dem Komplementar und die Haltung der hierdurch gegründeten Gemeinschaft nach Maassgabe der getroffenen Abreden. Auf Grund des Konsortialvertrages kann jeder Konsorte seine Zulassung zum Mitabschluss des Vertrages, d. h. seine Anerkennung als Zeichner und nach erfolgter Zulassung die fortdauernde Anerkennung der ihm im Konsortialvertrage eingeräumten Rechte, zwar nicht inviduell von jeden Konsorten, aber doch von der Gesammtheit derselben beanspruchen. Durch den Hinzutritt des Komplementars und die alsdann stattfindende Registrirung, verwächst der Konsortialvertrag mit dem Gesellschaftsvertrage, und bildet mit dem die besonderen Rechte und Pflichten des Komplementars bildenden Theil des Gesellschaftsvertrages das vertragliche Gesetz, sowohl für das Verhältniss der beiden kontrahirenden Theile — Komplementar und Konsortium der Kommanditaktionäre — als für die Beziehungen der Kommanditaktionäre unter einander. Das Konsortium der Aktionäre bleibt daneben bestehen und schiebt sich, sowie der Verband bei der Aktiengesellschaft in das Verhältniss des einzelnen Kommanditaktionär zu dessen Genossen und dem Komplementar, ein. Auch hier wird die Konstruktion der betreffenden Rechtsverhältnisse wesentlich erleichtert, wenn man sich die Vielheit der Kommanditaktionäre als eine juristische Einheit vorstellt. So stehen Komplementar und die einzelnen Kommanditaktionäre in einem doppelten Vertragsverhältniss einmal unmittelbar unter einander und sodann jeder mit dem Konsortium.

Die Promesse zur Leistung der positiven und negativen dem passiven Theil der Aktionärschaft ausmachenden Theil der Pflichten (Einlage und Zwecksetzung § 14) wird von jedem Kommanditaktionär an das Konsortium und den Komplementar gemeinsam ertheilt und zwar so, dass letzterer zur selbständigen Einziehung der Einlagen und zur Verfügung über das Gesellschaftsvermögen auf Grund des Vertrages und nach Maassgabe desselben befugt ist. Als Preis seiner Opfer empfängt der Kommanditaktionär die Zusicherung der Anerkennung seiner Sonderrechte sowohl von dem Komplementar als vom Konsortium, so zwar, dass jede Verletzung der Sonderrechte von dem schuldigen Urheber der Verletzung (beide Gewalten, oder das Konsortium, oder nur der Komplementar), auf dessen Kosten beseitigt werden muss. Der Umfang der Invidual- und Konsortialrechte des Einzelnen entspricht den Sonder- und Kollektivrechten des Aktionärs (§ 14. 15). Die Wahrnehmung der Kollektivrechte des einzelnen Kommanditaktionärs erfolgt in der Generalversammlung, oder durch den Aufsichtsrath, oder behufs Führung von Prozessen gegen Komplementar und Aufsichtsrath durch in der Generalversammlung bzw. vom Handelsgericht gewählte Bevollmächtigte nach den für die Aktiengesellschaft dargestellten Regeln (§§ 120—122). Alle Rechte und Pflichten des Komplementars sind Sozietätsrechte und Sozietätspflichten, gleich denen eines firmiren-

den offenen Handelsgesellschafters. [8]) Er haftet — mehrere Komplimentare solidarisch — persönlich und mit dem ganzen Vermögen, nicht nur für die Gesellschaftsschulden, sondern auch für die Erfüllung sämmtlicher Sozietätspflichten (Geschäftsführung culpa in abstasta Art. 94, Regressansprüche), dem Konsortium und wegen invidueller Verletzung der Sonderrechte (z. B. Zögerung bei der Auskehrung der zur Auszahlung angewiesenen Dividende (R.O.H.G. XXIV, 166 vom 25. Juni 1878) dem verletzten Kommanditaktionär und zwar nach Wahl der Kläger in den Gerichtsstand der Verwaltung § 22. 23 des C.P.O. oder seinen persönlichen Gerichtsstande (R.O.H.G. XXIV, S. 166). Im Fall des Konkurses der Gesellschaft treffen ihn die nachtheiligen Folgen desselben gleich den firmirenden offenen Handelsgesellschafter (§ 14 d. K.O.). Als firmirender Gesellschafter gebührt ihm die alleinige Vertretung der Gesellschaft nach aussen, wobei er sich der Hülfe von Prokuristen und Bevollmächtigten, die er auch aus dem Kreise der Kommanditisten wählen kann, bedienen darf.

Artikel 196.

Die Gesellschaft wird durch die persönlich haftenden Gesellschafter berechtigt und verpflichtet, sie wird durch dieselben vor Gericht vertreten, zur Behändigung von Vorladungen und anderen Zustellungen an die Gesellschaft genügt es, wenn dieselbe an einen der zur Vertretung befugten Gesellschafter geschieht.

Die Bestimmung des Art. 167 „Ein Kommanditist, welcher für die Gesellschaft Geschäfte schliesst, ohne ausdrücklich zu erklären, dass er nur als Prokurist oder Bevollmächtiger handle, ist aus diesen Geschäften gleich einen persönlich haftenden Gesellschafter verpflichtet“ findet bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien keine Anwendung.

Bei den inneren Gesellschaftsangelegenheiten — Kontrole, Theilnahme an der Verwaltung und Geschäftsführung, Gehalts- und Entschädigungsansprüche des Komplementars — steht ihm das Konsortium der Kommanditaktionäre als ein vertraglich unter einander geeinigter Verband gegenüber und zwar nicht als Alleinherr, sondern nur als Mitherr, als Vertragskontrahent. Jeder der beiden Geschäftsherrn ist innerhalb seiner Sphäre berechtigt, Eingriffe zurückzuweisen. Die begründeten Rechtsbeziehungen können nicht anders, wie Verträge überhaupt und Sozietätsverträge insbesondere aufgehoben und abgeändert werden, also mutuo consensu, oder wenn einer der Fälle vorliegt, wo man selbst wider seinen Willen sich dem Willen der Mitkontrahenten zu unterwerfen gezwungen ist.

---

[8]) R.O.H.G. XIII. 219. vom 9. Mai 1874 daselbst ist ausgeführt, dass die Stipulation eines festen Gehaltes nicht dem Stempel für Dienstverträge unterliegt, weil der persönlich haftende Gesellschafter seine Berechtigung zur Geschäftsführung schon aus dem Gesetz herleitet und es keines besonderen Dienstvertrages oder besonderen Mandates bedarf, um ihm dieselben zu übertragen, wesshalb auch die Bestimmung der besonderen Vortheile, die ihm dafür gewährt werden, dass er seine Thätigkeit den Geschäften der Gesellschaft widmet, in der Natur des Gesellschaftsvertrages selbst begründet erscheint, woraus wiederum folge, dass er seine Gehaltsforderung nur den Mitgesellschaftern den Gläubigern gegenüber zur Geltung bringen könne.

Der Komplementar ist nicht wie der Vorstand der Aktiengesellschaft widerrufbar und absetzbar. Er kann seine Stellung selbst dem einstimmig ausgesprochenen Willen des Konsortiums gegenüber behaupten, es sei denn, dass einer der Fälle vorliegt, wo sich ein firmirender Gesellschafter nach den Grundsätzen des Gesellschaftsrechts eine Kündigung oder eine Ausschliessung aus der Gesellschaft gefallen lassen muss. [4])

Diese theoretisch dem Komplementar angewiesenen Stellung ist im Verkehr nur haltbar, wenn derselbe eine kreditwürdige, dem Publikum und dem Konsortium imponirende Persönlichkeit ist. Wo dies thatsächlich nicht der Fall ist, wo also die Form der Kommanditgesellschaft auf Aktien, nicht wegen des Vortheils des Personalkredites des Komplementars, sondern aus anderen praktischen Gründen gewählt ist, wenn also der Schwerpunkt in dem Aktienkommanditkapital ruht, ändert sich naturgemäss die Stellung des Komplementars. Sein Einfluss und seine Machtstellung werden geringer. Er hört auf dominirender Geschäftsherr zu sein und wird auf das Niveau des Vorstandes der Gesellschaft als erster Beamter herabgedrückt. Das Recht hat diese Verkehrserscheinung theils durch die Zulässigkeit der sog. Austrittsklausel (§ 136) sowie dadurch sanktionirt, dass die Normirung des Verhältnisses des Komplementars zu dem Konsortium der Kommanditisten der Privatautonomie der Genossen überlassen ist. Statutarische Bestimmungen kraft deren der Komplementar, den Instruktionen und Beschlüssen des Konsortiums und dessen Vertreter zu gehorchen hat, ferner, dass er jederzeit abgesetzt oder widerrufen werden kann, ja auch die Vollmacht für den Aufsichtsrath, die Abmeldung eines ausgeschlossenen Komplementars beim Handelsregister in Antrag zu bringen, sind zulässig. Manche Statuten enthalten sogar die Bestimmung, wonach die ersten persönlichen Gesellschafter, von der ersten Generalversammlung auf Vorschlag des Gründungskomites gewählt werden sollen. [5])

2. Der Aufsichtsrath [6]) ist nicht, wie bei der Aktiengesellschaft, Vertreter der ganzen Gesellschaft, sondern nur Vertreter des Konsortiums der Kommanditaktionäre sowohl dem Komplementar als den einzelnen Konsorten gegenüber. Ihm ist vom Gesetz die Ausführung der Beschlüsse der Generalversammlung der Kommanditisten sowie das Mitrecht zur Berufung der Generalversammlung

---

[4]) R.O.H.G. XVIII. S. 394. vom 25. Juni 1875. Auf die Klage eines aus ungenügendem Grunde entlassenen Komplementars ist in allen Instanzen erkannt, dass der Entlassungsbeschluss für wirkungslos zu erachten, und dass die Beklagten (der zweite Komplementar und die Aktionäre der Gesellschaft) schuldig, den mit dem Kläger geschlossenen Gesellschaftsvertrag zu erfüllen.

[5]) Vgl. Keyssner, Die Erhaltung der Handelsgesellschaft, S. 95—100.

[6]) Vgl. über die Unregelmässigkeiten bei der Aufsichtsrathswahl R.O.H.G. VII. 341 vom 26. Oktober 1872: Der statutenmässig zur Eigenschaft als Aufsichtsrath nothwendige Aktienbesitz ist kein nothwendiges Erforderniss zur Zeit der Wahl und R.O.H.G. XIV. 309 vom 3. Oktober 1874: Kooptation ist nur zulässig, soweit dies Recht dem Aufsichtsrath statutenmässig eingeräumt ist und die von einem nicht gehörig gewählten Aufsichtsrath beschlossenen Einzahlungen sind als dem Aktionär gegenüber ungültige und denselben nicht zur Einzahlung verpflichtenden Willenserklärung zu erachten.

übertragen (Art. 186. 187), „die Beschlüsse der Generalversammlung werden durch den Aufsichtsrath ausgeführt, wenn nicht im Gesellschaftsvertrag ein anderes bestimmt ist. Die Generalversammlung der Kommanditisten wird durch die persönlich haftenden Gesellschafter oder durch den Aufsichtsrath berufen, sofern nicht nach dem Gesellschaftsvertrage auch andere Personen dazu befugt sind." Der Komplementar ist schuldig, dem Aufsichtsrath als Vertreter des Konsortiums der Kommanditisten in den ersten sechs Monaten jeden Geschäftsjahres eine Bilanz des verflossenen Geschäftsjahres vorzulegen (Art. 185).

3. Das Konsortium der Kommanditaktionäre ist zur Wahrnehmung der ihm gesetzlich und statutarisch beigelegten Gerechtsame als Majoritätsverband nach dem System der Generalversammlung (§ 14) organisirt. Der Ausspruch der Generalversammlung enthält nur den Willen des Konsortiums und nicht der Gesellschaft als solcher. Die Eigenschaft als Gesellschaftswille erhält der Generalversammlungsbeschluss erst durch die Genehmigung des Komplementars, die auch im Voraus im Statut erklärt sein kann. Ohne solche Zustimmung des Komplementars kann kein Wort des Statuts geändert, es kann das Gesellschaftskapital weder erhöht noch reduzirt werden.

Zu dieser Beschränkung der Kompetenz der Generalversammlung durch die Vertragsrechte des Komplementars treten auch die für die Aktiengesellschaft bestehenden Schranken wegen der Rücksicht auf die invidúellen Rechte des Kommanditaktionärs.

Artikel 190.

Soweit nicht der Gesellschaftsvertrag ein Anderes bestimmt, werden die Beschlüsse der Generalversammlung der Kommanditisten mit einfacher Stimmenmehrheit gefasst und jede Aktie gewährt dem Inhaber eine Stimme.

Artikel 186.

Die Rechte, welche den Kommanditisten den persönlich haftenden Gesellschaftern nach dem Gesellschaftsvertrage oder nach den Bestimmungen des vorigen Abschnitts in Beziehung auf die Führung der Geschäfte die Einsicht und Prüfung der Bilanz, die Bestimmung der Gewinnvertheilung, die Auflösung oder Kündigung der Gesellschaft und die Befugniss, das Ausscheiden eines persönlich haftenden Gesellschafters zu verlangen, zustehen, werden von der Gesammtheit der Kommanditisten in der Generalversammlung ausgeübt.

Artikel 198.

Jede Abänderung des Gesellschaftsvertrages bedarf zu ihrer Gültigkeit der notariellen oder gerichtlichen Abfassung.

Der abändernde Vertrag muss in gleicher Weise wie der ursprüngliche Vertrag in das Handelsregister eingetragen und im Auszuge veröffentlicht werden (Art. 176. 179).

Der abändernde Vertrag hat keine rechtliche Wirkung, bevor derselbe bei dem Handelsgericht, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat, in das Handelsregister eingetragen ist.

Die Abänderung des Gegenstandes der Unternehmung (z. B. Verwandlung eines Pferdeeisenbahnunternehmens in ein Bankgeschäft) enthält eine (still-

schweigende) Neugründung, während die für die Kommanditgesellschaft auf Aktien, im Gesetz nicht besonders ausgezeichnete Fusion die Abschliessung eines neuen Gesellschaftsvertrages mit anderen Komplementaren und anderen Kommanditisten in sich schliesst. Beide Maassregeln erheischen daher Einstimmigkeit aller Komplementare und Kommanditisten, wenn das Statut nicht etwas anderes bestimmt.

V. Das Vermögen der Kommanditgesellschaft auf Aktien steht im Miteigenthum des Komplementars und des Konsortiums der Kommanditaktionäre. Durch die Firma und die Handelsbücher erhält es seine äussere Abgeschlossenheit. Es besitzt insofern die Untheilbarkeit des Aktiengesellschaftsvermögens, als es gleich demselben gegen vorzeitige Zerstörung durch den Sonderwillen der einzelnen Miteigenthümer und deren Privatgläubiger sowie gegen Veränderungen in der Person der Kommanditisten geschützt ist. Die Einlagen dürfen den Kommanditisten, solange die Gesellschaft besteht, nicht zurückbezahlt werden, Art. 197, Abs. 1. Der Tod, die Konkurseröffnung oder die Entmündung des Kommanditisten gewähren keinem Theil, das Recht der Kündigung oder des Ausschlusses (Art. 200), das Kündigungsrecht des Kommanditisten ist ein Kollektivrecht, welches nicht von dem einzelnen Theilnehmer, sondern nur von dem Konsortium im Wege der Generalversammlung als Auflösungsbeschluss ausgeübt werden kann. Den Privatgläubigern gegenüber haben Komplementar und Kommanditisten das dem Aktionär bewilligte privilegirte Absonderungsrecht (Art. 200). Die Theilung des Vermögens trifft daher bei der Kommanditgesellschaft regelmässig mit der Auflösung zusammen. In dem Falle jedoch, wo einer von mehreren Komplementaren unter Fortdauer der Gesellschaft ausscheidet, wird eine partielle Theilung oder Abschichtung des ausscheidenden Komplementars vorkommen können. Diese Eventualität wird aber nur dann eintreten, wenn die Betheiligung des Komplementars nicht auf die von ihm gezeichneten oder erworbenen Aktien beschränkt ist, wenn derselbe also ausserhalb des Kommanditaktienkapitals stehende Vermögenseinlagen gemacht hat.

VI. Die Kommanditgesellschaft auf Aktien hat kein Grundkapital im Sinne der Aktiengesellschaft, weil es, wenn auch ungebräuchlich, so doch rechtlich zulässig ist, dass der Komplementar ausser den von dem Aktienkommanditkapital genommenen Aktien noch weitere Vermögenseinlagen mit dem Recht des Miteigenthums zu dem Gesellschaftsfond kontribuiren darf. Das Gesetz spricht daher auch nur von einem Kapital der Kommanditisten, welches in Aktienantheile zerlegt werden kann. Es wird deswegen auch die Höhe des Grundkapitals nicht publizirt und die Angabe desselben auch nicht als Erforderniss des Gesellschaftsvertrages im Art. 175 aufgestellt. Das Publikum erfährt nur die Höhe des Kommanditkapitals sowie die Zahl und den Betrag der Aktien. Die Sorge des Gesetzes ist nur darauf gerichtet, dass das thatsächlich von dem Komplementar und von dem Kommanditisten eingeschlossene Kommanditkapital während der Dauer des Unternehmens als Kredit- und Operationsbasis zusammen bleibt. Zur Erreichung dieses Zweckes ist von den dem Aktionär bewilligten Abschwächungen der beschränkten Beitrags- und Haftpflicht (§ 16) nur die

Eine stehen geblieben, dass die Kommanditisten nicht verpflichtet sind, die in gutem Glauben gezogenen, wenn auch fiktiven, Dividenden zurückzuzahlen (Art. 197). Im Uebrigen ist das System der beschränkten Beitrags- und Haftpflicht, wie bei der einfachen Kommanditgesellschaft streng durchgeführt: 1. Jeder Kommanditist muss die von ihm gezeichnete Einlage voll einzahlen, er kann von dieser Verbindlichkeit nicht liberirt werden, auch der von der Gesellschaft genehmigte Verkauf seines Antheils bewirkt keine Befreiung, die Gesellschaft und die Gläubiger erhalten unter Umständen noch einen zweiten Mitverpflichteten: „so lange der Betrag einer Aktie nicht vollständig eingezahlt ist, bleibt der ursprüngliche Zeichner zur Einzahlung des Rückstandes an die Gesellschaft verpflichtet; die Gesellschaft kann ihn dieser Verbindlichkeit nicht entlassen." Auch die Kaduzirung der Aktien kann den Gläubigern gegenüber die vom Gesetz ganz absolut verbotene Befreiung nicht bewirken. 2. Das Kommanditkapital ist stets voll zu erhalten, nur der bilanzmässig erzielte Reingewinn darf alljährlich als Dividende vertheilt werden. Die Vertheilung von Zinsen oder Bauzinsen ist ebenso unzulässig wie die Vertheilung von Dividenden vor Wiederergänzung der durch Verlust eingetretenen Verminderung des Kommanditkapitals. 3. Die für die einfache Kommanditgesellschaft gegebene absolute Vorschrift: „die Einlage des Kommanditisten kann während des Bestehens der Gesellschaft, weder ganz noch theilweise zurückgezahlt werden", gilt in voller Schärfe auch für die Kommanditgesellschaft auf Aktien nur mit der Modifikation des Artikels 203.

> Eine theilweise Zurückzahlung des Kapitals der Kommanditisten kann nur vermöge einer Abänderung des Gesellschaftsvertrages erfolgen.
>
> Die Zurückzahlung kann nur unter Beobachtung derselben Bestimmungen geschehen, welche für die Vertheilung des Gesellschaftsvermögens im Falle der Auflösung maassgebend sind (Art. 201. 202).

Jede auch nur theilweise Rückzahlung ist damit an die Beobachtung der Kautelen für die Schlussvertheilung des Vermögens geknüpft und zwar ohne Unterschied, ob die Zurückzahlung an alle Kommanditisten geschieht oder nur an Einzelne durch Ankauf von Aktien zum Zweck der Amortisation. Die Amortisation ist unbeschränkt zulässig, aber nur aus dem Reingewinn. Jede Herabsetzung des Kommanditkapitals ist, weil damit eine Befreiung der ursprünglichen Zeichner von der Verpflichtung zur Zahlung der vollen Einlage verpflichtet, unzulässig. Die Reduktion des Grundkapitals im Wege der Zusammenlegung der Aktien steht das Verbot entgegen, dass vor Wiederergänzung der durch Verlust verminderten Einlage kein Gewinn vertheilt werden darf und dies Verbot kann ebenso, wie bei der Aktiengesellschaft, nur durch die Beobachtung der für die Zurückzahlung des Grundkapitals vorgeschriebenen Kautelen überwunden werden.

VII. Den Gesellschaftsgläubigern haftet das Gesellschaftsvermögen, daneben das Privatvermögen des Komplementars. Ihr Klagrecht gegen den einzelnen Kommanditisten ist während der Solvenz der Gesellschaft ebenso wie bei der Aktiengesellschaft suspendirt. Es lebt auf, wenn sie nach Zerstörung der Orga-

nisation leer ausgehen sollen, obschon noch Kommanditisten da sind, welche ihrer Beitrags- und Haftpflicht in dem gesetzlich bestimmten Umfange nicht vollständig genügt haben. Durch den

Artikel 197

Die Einlagen können den Kommanditisten, so lange die Gesellschaft besteht, nicht zurückgezahlt werden.

Zinsen von bestimmter Höhe können für die Kommanditisten nicht bedungen noch ausbezahlt werden; es darf nur dasjenige unter sie vertheilt werden, was sich nach der jährlichen Bilanz, und, wenn im Gesellschaftsvertrage die Innehaltung eines Reservekapitals bestimmt ist, nach Abzug desselben als reiner Ueberschuss ergiebt.

Die Kommanditisten haften für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft, wenn nur insoweit sie diesen Bestimmungen entgegen Zahlungen von der Gesellschaft empfangen haben; sie sind jedoch nicht verpflichtet, die in guten Glauben bezogenen Dividenden zurückzuzahlen.

ist das bestehende (§ 124), in der Regel erst im Konkurse hervortretende selbständige Klagerecht der Gesellschaftsgläubiger gegen den einzelnen Kommanditaktionär anerkannt.

Auch das Dogma der deutschen Praxis, dass die Zeichner, deren an und für sich giltigen Zeichnungen die Registrirung mit verursacht haben, sich von der Pflicht zur Leistung durch Berufung auf nicht in dem Zeichnungsschein enthaltenen Nebenabreden [7]) oder durch Verletzungen der Normativvorschriften [8]) befreien können, gilt in dem für die Aktiengesellschaft dargestellten Umfange für die Kommanditgesellschaft auf Aktien.

VIII. Die Veräusserung der Betheiligung des Kommanditaktionärs erfolgt nach dem System der Inskription (Art. 182, 183), weil die Ausstellung von Inhaberaktien verboten ist.

Artikel 173.

Die Aktien oder Aktienantheile müssen auf Namen lauten. Sie müssen auf einen Betrag von mindestens fünfzig Vereinsthalern gestellt werden, wenn

---

[7]) Bei Gesellschaften, welche auf Agenturen in den in Aussicht genommenen Geschäftsgebiete angewiesen sind, pflegen die ersten Zeichnungen von Personen gemacht zu werden, die auf solche Agenturen reflektiren; denselben werden häufig Zusicherungen gemacht, dass die Zeichnung nur giltig sein solle, wenn die Gesellschaft die Konzession zum Geschäftsbetriebe in dem betreffenden Rechtsgebiet erhalte, R.O.H.G. VII. 434 vom 9. November 1872, oder dass die Aktien nur als Kaution dienen und von der Gesellschaft später zurückerworben werden sollen, V, 415 vom 24. April 1872 VII, S. 413, vom 2. November 1872 XIX, 69, vom 15. Juli 1873 oder die Zeichnung ist an die Bedingung der Gewährung gewisser Vortheile geknüpft, VII, S. 158 vom 21. September 1872 oder an die Bedingung, dass die Gesellschaft dem Zeichner nach Einzahlung der Zwang-Prozentsätze die Aktien auf sein Verlangen wieder abnehmen und für ihre Rechnung anderweitig unterbringen müsse, Reichsger. U. vom 30. Juni 1880, II, S. 131.

[8]) Vgl. über den Einwand, dass das Grundkapital nicht voll gezeichnet, dass die gesetzlichen Prozentsätze nicht eingezahlt, R.O.H.G. VII, 241 vom 19. Oktober 1872 und Reichsger. U. v. 30. Juni 1880 II, S. 133.

nicht die Landesgesetze nach Maassgabe der besonderen örtlichen Bedürfnisse einen geringeren Betrag gestatten. Aktien oder Aktienantheile, welche auf Inhaber lauten, oder welche auf einen geringeren Betrag als den gesetzlich bestimmten gestellt werden, sind nichtig. Die Ausgeber solcher Aktien oder Aktienantheile sind den Besitzern für allen durch die Ausgabe verursachten Schaden solidarisch verhaftet.

Die wider dies Verbotsgesetz ausgestellten Aktienbriefe entbehren der Privilegien des Aktienbriefes. Es wird durch ihre Uebertragung Mitgliedschaft nicht erworben. Der Geber bleibt Mitglied der Gesellschaft, der Nehmer wird es nicht. Dasselbe gilt von den Aktienbriefen, welche dem Verbot des Art. 178 zuwider vor der Registrirung der Gesellschaft ausgegeben werden, sowie ferner für die der Vorschrift des Art. 181 zuwider ausgefertigten Aktiendokumente über den Antheil, welcher dem Komplementar an dem Kommanditkapital zusteht.

§ 136.

C. Die Auflösung der Kommanditgesellschaft.

Die Kommanditgesellschaft auf Aktien hat die Auflösungsgründe der einfachen Kommanditgesellschaft nur mit der Maassgabe, dass die dem Kommanditisten selbständig und für seine Person zustehenden Befugnisse die Auflösung der Gesellschaft durch Kündigung oder Uebereinkunft oder durch Klage auf Ausschluss des Klomplementars herbeizuführen, kein Sonderrecht des Kommanditaktionärs, sondern ein Kollektivrecht desselben sind, so dass zur Ausübung dieser Rechte nur das Konsortium als solches, und zwar als Generalversammlung befugt ist.

Was die in der Person des Komplomentars liegenden Auflösungsgründe betrifft, so hatte das Handelsgesetz an dem Grundsatz des römischen Rechtes festgehalten, wonach jede Veränderung der Person des persönlich haftenden Gesellschafters die Auflösung der Gesellschaft nach sich zieht, und zwar ohne dass der Privatautonomie gestattet wäre, durch Satzungen des Vertrages hieran etwas zu ändern. Der betreffende Artikel 199 des Handelsgesetzbuchs lautete

> das Austreten eines persönlich haftenden Gesellschafters in Folge gegenseitiger Uebereinkunft (Art 123 Ziff. 4) ist während des Bestehens der Gesellschaft unstatthaft.
>
> Eine solche Uebereinkunft steht der Auflösung der Gesellschaft gleich; zu derselben bedarf es der Zustimmung einer Generalversammlung der Kommanditisten.

Die für den Fall des freiwilligen oder nothwendigen Ausscheidens des Komplementars von dem Konsortium der Kommanditisten von den übrigen Komplementaren gewollte und beschlossene Fortsetzung des Unternehmens konnte somit nicht anders als um den Preis der Auflösung und förmlichen Neubildung der Gesellschaft erkauft werden. Diese Nachtheile und Unzuträglichkeiten zu denen noch trat, dass die Entwicklung des Verkehrs im allgemeinen dahin geführt hat, dass der Komplementar auf das Niveau des Vorstandes einer Aktiengesellschaft (wählbar, absetzbar, Suspension durch den Aufsichsrath) gebracht war,

bewirkte, dass bei der Lesung der Novelle von 1870[1]) die für die offene Handelsgesellschaft und die einfache Kommanditgesellschaft aus Utilitätsrücksichten — Tendenz des modernen Rechts, betreffend die Erhaltung von einer Mehrheit gehörigen Produktionskörpern bei Veränderungen der Person der Eigner — zur Anwendung gebrachten Grundsätze auch auf die Kommanditgesellschaft auf Aktien ausgedehnt worden sind. Dem entprechend erhielt der Art. 199 seine jetzige Fassung:[2])

> Eine Uebereinkunft, durch welche das Austreten eines oder mehrerer persönlich haftender Gesellschafter bestimmt wird, steht der Auflösung der Gesellschaft gleich. Zu derselben bedarf es der Zustimmung einer Generalversammlung der Kommanditisten.
>
> Es kann jedoch durch den Gesellschaftsvertrag oder durch einen denselben abändernden Vertrag (Art. 198) bestimmt werden, dass das Austreten eines oder mehrerer persönlich haftender Gesellschafter die Auflösung der Gesellschaft dann nicht zur Folge habe, wenn nicht mindestens noch ein persönlich haftender Gesellschafter bleibt. In Ansehung der Eintragung in das Handelsregister finden die Bestimmungen des Art. 129 Anwendung.

Hierdurch ist der Fortbestand des Unternehmens allen Veränderungen in der Person der Komplementare gegenüber sicher gestellt, sobald zweierlei Voraussetzungen vorhanden sind: a. dass nach dem Ausscheiden noch mindestens ein persönlicher Gesellschafter und damit die Figur einer Handelsgesellschaft zurückbleibt, b. wenn die sogn. Austrittsklausel im ursprünglichen Gesellschaftsvertrage oder in einem Nachtrag dazu gewollt ist. Damit der austretende Komplementar von der Haftung für die nach seinen Austritt kontrahirten Gesellschaftsschulden frei wird, ist sowohl die Registrirung und Publikation der statutarischen Austrittsklausel als der Thatsache des Austritts erforderlich, weil sonst der Austritt gegen einen Dritten nur insofern geltend gemacht werden kann, als ihm bewiesen wird, dass er beide Thatsachen gekannt habe.[3]) Durch die Novelle § 5 Art. 249 a. ist dieser Begünstigung der Kommanditgesellschaft auf Aktien eine beschränkte rückwirkende Kraft verliehen worden:

Die Bestimmungen des Artikels 199 des Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, nach der durch dieses Gesetz festgesetzten neuen Fassung, finden auch auf diejenigen zur Zeit der Geltendmachung des Artikels 199 in der früheren Fassung errichteten Kommanditgesellschaft auf Aktien Anwendung, bei welchem in dem Gesellschaftsvertrage bestimmt ist, dass das Austreten eines oder mehrerer persönlich haftender Gesellschafter die Auflösung der Gesellschaft nicht zur Folge habe.[4])

Die Abschichtung des ausscheidenden Komplementars erheischt keine Liquidation, sie erfolgt, wenn der Ausscheidende nur mit Aktien betheiligt war, durch Ausfertigung von Aktienbriefen über seine bis dahin unveräusserliche Betheiligung

---

[1]) Endemann, Gesetz vom 11. Juni 1870 (Berlin 1870) S. 16.

[2]) Ueber Art. 199 in alter und neuer Fassung. Vgl. Keyssner, Erhaltung der Handelsgesellschaft § 12, dessen Aktiengesellschaft § 14.

[3]) Endemann, Gesetz vom 11. Juni 1870, S. 19.

[4]) S. Thöl, Handelsr. S. 577.

und wenn er ausserdem noch Einlagen geleistet haben sollte, durch Auszahlung einer, dem Werth seines Extraantheils entsprechenden Geldsumme (Art. 131). Die Austrittsklausel ist sonach in Betreff der vor der Novelle von 1870 errichteten Gesellschaften nur unter der doppelten Voraussetzung gültig, a. dass die Gesellschaft unter Herrschaft des Handelsgesetzbuchs errichtet worden (Einführungstag, Gesetzeskraft desselben, verschieden nach dem betreffenden Einführungsgesetze), b. dass die Austrittsklausel sich bereits zur Zeit als die Novelle in Kraft getreten, in den betreffenden Statuten vorgefunden hat.

Die Auflösung aus in der Person der Kommanditisten liegenden Gründen ist nur statthaft, wenn die Generalversammlung die Auflösung beschlossen und wenn dieser Beschluss von dem Komplementar genehmigt ist oder wenn der Komplementar nach Maassgabe des Statutes und den allgemeinen, für die Handelsgesellschaft geltenden Grundsätze zur Unterwerfung unter den Beschluss der Generalversammlung rechtlich gezwungen ist. Dies ist abgesehen von besonderen statutarischen Bestimmungen der Fall 1) wenn die Gesellschaft auf unbestimmte Dauer eingegangen ist. Die Generalversammlung der Kommanditisten ist alsdann jeder Zeit zur Kündigung befugt, sofern nur die Aufkündigung mindestens 6 Monate vor Ablauf des Geschäftsjahres erfolgt (Art. 124. 200). 2) Wenn der Fall des Art. 125 vorliegt, wenn also wichtige Gründe vorhanden sind, welche jedem offenen Handelsgesellschafter das Recht geben, die Auflösung der Gesellschaft vor Ablauf der für ihre Dauer bestimmten Zeit oder bei Gesellschaften von unbestimmter Dauer ohne vorgängige sechsmonatliche Aufkündigung vor Ablauf des Gesellschaftsjahres zu verlangen (Art. 125).

Zu den sachlichen Gründen, aus welchen die Generalversammlung jederzeit zur Fassung des Auflösungsbeschlusses befugt ist, gehört auch der Fall, wenn die Erreichung des gemeinsamen Endzwecks überhaupt unmöglich geworden oder wenn es dazu neuer Beiträge, also einer Erhöhung des Kommanditkapitals bedarf. Wenn die wichtigen Gründe in der Person des Komplementars liegen (Unfähigkeit, Unredlichkeit, Unzuverlässigkeit u. s. w.), so kann die Generalversammlung, wenn der Komplementar aus einer Mehrheit von Personen besteht, statt der Auflösung den Ausschluss des Komplementars nach den für die offene Handelsgesellschaft geltenden Grundsätzen (Art. 126) beschliessen und durchsetzen. Der Komplementar kann dagegen selbst, wenn er aus einer Mehrheit besteht, das Konsortium der Kommanditisten nicht ausschliessen, weil das Wesen der Kommanditgesellschaft auf Aktien gerade in dem Element der Kommanditaktionäre besteht. Jeder Komplementar kann aber gleich der Generalversammlung der Kommanditisten kündigen und damit die Auflösung der Kommanditgesellschaft herbeiführen.

Die Kommanditgesellschaft auf Aktien wird demgemäss aufgelöst

1. durch gegenseitige Uebereinkunft zwischen Komplementar und der Generalversammlung der Kommanditaktionäre;

2. durch die von Seiten des Komplementars oder der Generalversammlung der Kommanditisten geschehene Aufkündigung, wenn die Gesellschaft auf unbestimmte Zeit eingegangen ist;

3. durch Ablauf der Zeit, auf deren Dauer die Gesellschaft eingegangen

ist. Doch gilt die für die offene Handelsgesellschaft in Artikel 123 Nr. 5 vorgeschriebene Regel von der Zulässigkeit der stillschweigenden Fortsetzung des Unternehmens: die Gesellschaft gilt von da ab als auf unbestimmte Zeit eingegangen und kann jederzeit sechs Monate vor Ablauf des Geschäftsjahres durch den Komplementar oder die Generalversammlung gekündigt werden. Die stillschweigende Prolongation ist dadurch ermöglicht, dass die Zeitdauer der Kommanditgesellschaft auf Aktien nicht publizirt wird. Um jeden Zweifel darüber auszuschliessen, ob eine stillschweigende Prolongation stattgefunden hat oder nicht, ist im Art. 201 hervorgehoben, dass die Registrirung stets geschehen muss, wenn es der Wille des Interessenten ist, dass die Gesellschaft durch Ablauf der Zeit, für welche sie eingegangen war, beendigt wird. Die Streitfrage, ob die stillschweigende oder ausdrückliche Prolongation durch die Generalversammlung beschlossen werden kann, oder ob hierzu Einstimmigkeit aller Kommanditisten gehört, besteht auch für die Kommanditgesellschaft auf Aktien.

4. Auflösungsbeschluss der Generalversammlung oder Rücktritt des Komplementars, wenn die Erreichung des Gesellschaftszwecks unmöglich ist oder wenn andere wichtige Gründe vorhanden sind, welche die Auflösung der Gesellschaft vor Ablauf der vertragsmässigen Dauer rechtfertigen (nach richterlichem Ermessen arbitrium boni viri);

5. durch Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Gesellschaft. Es gelten die für die offene Handelsgesellschaft vorgeschriebenen, zur Anwendung kommenden Grundsätze. Ein Akkord ist nur zulässig, wenn alle im Konkurs befangene Komplementare den Vorschlag dazu machen (§ 200 Deutsche Konkurs-Ordnung);

6. der Tod oder die Entmündung eines Komplementars, sowie die Eröffnung des Konkurses über dessen Vermögen zerstören gleichfalls die Gesellschaft und zwar ohne Rücksicht auf die statutarische Austrittsklausel, wenn nicht eine Mehrheit von Komplementaren vorhanden ist. Auch der Erwerb aller Kommanditaktien Seitens des Komplementars wirkt auflösend, weil damit der Begriff der Kommanditgesellschaft aufgehoben ist.

Die Auflösung der Gesellschaft muss, wenn sie nicht in Folge der Eröffnung des Konkurses über die Gesellschaft geschieht, stets eingetragen werden (Art. 201). Die freiwillige Liquidation erfolgt wie bei der Aktiengesellschaft und der Konkurs nach den für die offene Handelsgesellschaft geltenden Grundsätzen (§§ 198—201 der Konkursordnung).

Die Kommanditgesellschaft auf Aktien wird sonach nicht als eine Spielart der Aktiengesellschaft, sondern als eine vom Aktienprinzip mitbeherrschte Kommanditgesellschaft zu erklären sein.

VI. Die Stille Gesellschaft.

Von Herrn Professor Dr. Lastig zu Halle.

---

§ 137.

A. Begriff.

I. Das Rechtsinstitut der Stillen Gesellschaft pflegt heutzutage in Anlehnung an die Fassung des A. d. H.G.B. Art. 250 dahin definirt zu werden: „Eine Stille Gesellschaft ist dann vorhanden, wenn sich Jemand an dem Betriebe des Handelsgewerbes eines Anderen mit einer Vermögenseinlage gegen Antheil an Gewinn und Verlust betheiligt.“ [1])

Solche Definition kann juristischen Anforderungen nicht genügen, gewährt sie doch kaum die geringste Auskunft über die juristische Struktur ihres Rechtsinstitutes; mindestens müsste sie noch die Art. 252, I und 265, I des A. d. H.G.B. berücksichtigen, dann könnte sie etwa lauten: Eine Stille Gesellschaft liegt vor, wenn Jemand (der Stille Gesellschafter) einem Andern (dem Geschäftsinhaber oder Komplementar) [2]) zur Anlage in dessen Handelsgewerbe Vermögensstücke zu Eigenthum hingiebt, unter der Gegenverpflichtung, ihm einen bestimmten Theil des Geschäftsgewinnes zu zahlen und bei Beendigung des Verhältnisses den empfangenen Vermögenswerth, soweit dieser den ihm in Rechnung zu stellenden bestimmten Theil etwaigen Geschäftsverlustes übersteigt, in Geld zurückzuerstatten.

---

[1]) Endemann, Lehrbuch § 54 I.

[2]) Der Ausdruck Komplementar ist kein glücklicher, denn er bedeutet eigentlich Faktor, d. h. Bevollmächtigter, Stellvertreter, Prokurist, also gerade das Gegentheil von Geschäftsinhaber. S. die Definitionen in den Decisiones Rotae Genuae de mercatura (vgl. oben S. 21) dec. XIV 43, in Marperger: Allezeit fertiger Handelskorrespondent, Ratzeburg 1699, S. 60 und im Tractatus de societate auct. Carolo Zanchio (Ed. I Romae 1786) Ed. II Florentiae 1838 part. II cp. XI Nr. 5, 28, 45. In diesem Sinne wurde „Complementarius“ historisch ganz richtig für den Accomandatarius oder persönlich haftenden Gesellschafter in der société en commandite gebraucht, später aber von diesem auf den Geschäftsinhaber in der Stillen Gesellschaft übertragen. Vgl. Beier: Allgemeines Handlungs-, Kunst-, Berg- und Handwerks-Lexikon, nach des V. Tode herausgegeben von Struven (Jena 1722) s. v. Complementarius.

Aber selbst in dieser Gestalt würde die Definition nicht genügen, denn sie entspräche nur Einer Form der Stillen Gesellschaft, während es deren eine ganze Reihe giebt.

1. Der Wortlaut des Gesetzes scheint zu verlangen, dass die Vermögenseinlage des Stillen Gesellschafters nur in „körperlichen Sachen" besteht, denn nur sie können, streng genommen, in das „Eigenthum" des Komplementars übergehen, aber mit Recht lässt man, den Ausdruck Eigenthum in weiterem Sinne fassend, auch „Forderungsrechte" [3]) zu. Einige behaupten sogar, dass die Vermögenseinlage auch in Arbeits- oder Dienstleistungen des Stillen Gesellschafters bestehen könne, aber das geht meines Erachtens zu weit. Zweifellos ist ein Vertrag des Inhalts zulässig, dass Jemand einem Andern für dessen Handelsgewerbe gewisse Dienste leistet und dagegen einen Antheil vom Geschäftsgewinn erhält, ja auch einen Theil des Geschäftsverlustes trägt, aber das würde lediglich auf Grund der Arbeitseinlage keine Stille Gesellschaft im Sinne der Artikel 250—265 des A. d. H.G.B. sein; [4]) abgesehen von andern unten zu erwähnenden historischen Gründen würde dagegen schon sprechen, dass hier weder von einer „Verminderung der Vermögenseinlage durch Verlustantheil", [5]) noch von „Einzahlung der rückständigen Einlage in die Konkursmasse bis zu dem Betrage, welcher zur Deckung seines Antheils am Verlust erforderlich ist", [6]) noch von Rückzahlung der Einlage (in Geld), [7]) noch endlich von „Geltendmachung des Einlagerestes im Konkurse des Geschäftsinhabers durch den Stillen Gesellschafter als Gläubiger" die Rede sein könnte. [8]) Alles weist deutlich darauf hin, dass der **Gegenstand der Einlage nicht blos für den Geschäftsinhaber einen Vermögenswerth haben,** [9]) **sondern bereits in der Hand des Stillen Gesellschafters den Karakter des Kapitals tragen muss.** [10])

2. Der Stille Gesellschafter braucht dem Geschäftsinhaber den Gegenstand der **Einlage nicht stets zu Eigenthum** zu übergeben, es **genügt** auch, wenn er ihm ein persönliches oder dingliches **Nutzungsrecht** bestellt. [11])

3. Da die Rückgabe der Einlage bei dem Falle 2 in natura und in specie erfolgen muss, kann von einer Theilnahme des Stillen Gesellschafters am Verlust wie sonst nicht die Rede sein; [12]) in Wirklichkeit ist es denn auch gar **nicht nöthig, dass der Stille Gesellschafter** stets neben dem Gewinn noch am

---

[3]) S. v. Hahn, Commentar zu Art. 252 § 1, 250 § 8, 150 § 1 u. 2. Thöl a. a. O. § 110 I.

[4]) Vgl. oben S. 325.

[5]) H.G.B. Art. 252 u. 255 II.

[6]) H.G.B. Art. 258 II.

[7]) H.G.B. Art. 265 I.

[8]) H.G.B. Art. 258 I.

[9]) Dies allein verlangt v. Hahn a. a. O. zu Art. 150 § 1 u. 2.

[10]) Vgl. den Ausdruck „Vermögenseinlage" in den Art. 85, 150 u. 250 des H.G.B.; ferner oben S. 351 und Wendt oben § 99.

[11]) v. Hahn, Commentar zu Art. 252 § 1, Puchelt, Commentar zu Art. 150, 5, 250, 9 u. 252, 1.

[12]) Vgl. unten III.

Verlust theilnimmt. Wird dann Gewinn gemacht, so bezieht er seinen Theil desselben, wenn nicht, nichts; die Einlage muss ihm **unverkürzt zurückerstattet** werden.[13])

4. Eine Stille Gesellschaft liegt auch dann noch vor, wenn der Vertrag dem Stillen Gesellschafter neben dem Antheil am Gewinn noch ein **festes Aequivalent, einen Zins**[14]) gewährt, gleichgiltig ob er zugleich Theilnahme am Verlust statuirt oder nicht. Von „festem Zins" oder Zinsen kann man dann nicht sprechen, wenn dem Stillen Gesellschafter statt eines Gewinnantheils ein bestimmter Betrag oder bestimmte Prozente von seiner Einlage unter Verzichtleistung auf dieselben für den Fall, dass sich kein genügender Gewinn oder gar Verlust ergeben sollte,[15]) bedungen sind; hier nimmt der Stille Gesellschafter in Wirklichkeit am Gewinn Theil, wenngleich sein Gewinnantheil nicht relativ durch eine Quote des Gesammtgewinnes, sondern absolut durch eine direkt fixirte Summe, oder durch einen Prozentsatz der Einlage bemessen wird, denn nur wenn der Geschäftsherr Gewinn macht, erhält der Stille Gesellschafter etwas.

5. Sucht man nach dem gemeinsamen **Merkmal der Stillen Gesellschaft,** so kann man es darin finden, dass der Stille Gesellschafter desbezüglich, ob und wie viel er als Entgelt für die gestattete Kapitalnutzung bez. in Rückleistung des hingegebenen Kapitals von dem Geschäftsinhaber zu fordern hat, stets von dessen (periodischem oder schliesslichem) Geschäftsabschluss abhängt. Solche Abhängigkeit der Forderung des Stillen Gesellschafters von, Relation zu, oder Interesse an dem Geschäft des Komplementars, und folgeweise eine Stille Gesellschaft liegt auch dann vor, wenn Jemand einem Kaufmann zur Anlage in dessen Handelsgewerbe Kapital hingibt gegen feste Zinsen und unter Theilnahme am Verlust.[16])

Eine Stille Gesellschaft dürfte man hiernach offenbar nicht mehr annehmen, wenn der Kapital Hingebende weder Gewinn noch feste Zinsen beziehen, wohl

---

[13]) Nürnberger Protokolle S. 1085: . . . „Zulässig, dass der Stille Gesellschafter nach dem Verhältniss seiner Einlage zwar am Gewinne, nicht aber an einem etwaigen Verlust partizipiren, sondern im Falle des Verlustes nur die Zinsen seiner Einlage entbehren soll." Voigt, Neues Archiv für Handelsrecht Bd. II (Hamburg 1860) S. 426 Nr. 5; Brinckmann, Lehrbuch des Handelsrechts § 56 IV. R.O.H.G. IX 150 ff. u. XII S. 100. Das kanonische Recht verbot dieses sg. pactum capitis salvi; die Nachwirkung hiervon zeigt sich noch heute in einigen Rechten; s. die bei Brinckmann a. a. O. Not. 6 zitirten. S. das in Not. 14 zitirte englische Gesetz.

[14]) Protokolle S. 1089 f. v. Hahn, Commentar zu Art. 250 Not. 3, 255 § 3. Endemann, Lehrbuch § 54, Text zu Not. 33. Vgl. englisches Gesetz vom 5. Juli 1865 über die Handelsgesellschaften in Z. f. H.R. X S. 124 ff. u. Fick in Z. f. H.R. XIII S. 398.

[15]) Brinckmann a. a. O. S. 216; Treitschke, Die Lehre von der unbeschränkt obligatorischen Gewerbegesellschaft und Kommanditen (Ed. II 1844) S. 267.

[16]) R.O.H.G. IX 33 ff. 4 % der Einlage als feste Zinsen, so dass diese Rente gleich bleibt, mag das Geschäftserträgniss ein höheres, geringeres, oder gar keins sein. R.O.H.G. XII 98 ff. Augsburger Erkenntnisse in Z. f. H.R. XXII 394. A. M. Kowalzig, H.G.B. S. 262 N. 93.

aber am Verlust theilnehmen sollte; es würde das Moment der Entgeltlichkeit[17]) der Kapitalnutzung gänzlich fehlen, und die Theilnahme am Verlust eine Schenkung[18]) bergen. Zulässig wäre ein derartiger Vertrag, aber als Schenkung fände er keinen Platz im Handelsrecht, er fiele unter das gewöhnliche bürgerliche Recht.

II. Die Stille Gesellschaft zeigt sich demgemäss als ein entgeltliches Vertragsverhältniss über eigenthums- oder nutzungsweise Hingabe von Kapital behufs Verwendung im Handelsgewerbe des Empfängers, wobei bald das Nutzungsäquivalent, bald die Rückzahlung des Kapitals, bald beides in Existenz und Höhe von dem wirthschaftlichen Ergebniss des Gewerbebetriebs abhängt.

Lässt man jene Abhängigkeit des Aequivalents und der Rückzahlung vom Geschäftsergebniss bei Seite, so zeigt sich die Stille Gesellschaft als eine entgeltliche Hingabe von Kapital zu Eigenthum oder Nutzung unter der Gegenverpflichtung der Rückleistung, folglich ist sie eine blose Modifikation der entsprechenden gewöhnlichen Rechtsinstitute, wie mutuum, locatio conductio rei u. s. w. Insofern die Modifikation juristisch den Karakter der Bedingung trägt, kann man auch sagen, die Stille Gesellschaft ist ein bedingtes Darlehn, eine bedingte Sachmiethe, oder ein bedingter Innominatkontrakt.[19])

III. Blos nutzungsweise Hingabe der Kapitalanlage verlangt Rückgabe in natura und in specie, deshalb kann dann, wie schon vorhin bemerkt, von einer Theilnahme des Stillen Gesellschafters am Verlust nicht die Rede sein. Freilich kann der Vertrag bestimmen, dass dem Stillen Gesellschafter trotz einer blos nutzungsweisen Hingabe von Kapital ein Theil des Geschäftsverlustes zur Last geschrieben werde, doch würde man in solcher Verabredung eine anderweite, und zwar eine kreditirte Kapitaleinlage finden müssen. Der Stille Gesellschafter wäre verpflichtet, die ihn treffende Verlustsumme jährlich oder am Schlusse des Verhältnisses dem Geschäftsinhaber nachzuzahlen, letzterer dagegen, dem Stillen Gesellschafter die zu Nutzungsrecht gegebene Einlage in specie wieder zurückzustellen. Es läge also eine Kombination mehrerer Formen der Stillen Gesellschaft vor.

IV. Die bisherigen Ausführungen würden folgende Tabelle über die verschiedenen Formen der Stillen Gesellschaft aufstellen lassen:

a.	α	Kapitaleinlage	zu Eigenthum	gegen	Gewinnantheil		und	feste	Rückzahlung.
	β	Kapitaleinlage	„ Nutzungsrecht	„	Gewinnantheil		„	feste	Rückzahlung.
b.	α	Kapitaleinlage	„ Eigenthum	„	Gewinnantheil, festen Zins		„	feste	Rückzahlung.
	β	Kapitaleinlage	„ Nutzungsrecht	„	Gewinnantheil, festen Zins		„	feste	Rückzahlung.
c.		Kapitaleinlage	„ Eigenthum	„	Gewinnantheil,	Verlustantheil	od.	bedingte	Rückzahlung.
d.		Kapitaleinlage	„ Eigenthum	„	Gewinnantheil, festen Zins,	Verlustantheil	„	bedingte	Rückzahlung.
e.		Kapitaleinlage	„ Eigenthum	„	festen Zins,	Verlustantheil	„	bedingte	Rückzahlung.

[17]) Vgl. Endemann a. a. O. § 54 zu Not. 4.

[18]) Stryck, De cautelis contractuum Sect. II cp. X, de societate (im Supplementum dissertationum et operum sive tractatuum jurid. vol. XIII, Frankfurt u. Leipzig 1752) § V.

[19]) Die Stille Gesellschaft kann sich sogar in das Gewand eines Kaufs kleiden, so z. B. häufig die participatio, über welche unten S. 712 ff. und die daselbst zitirten Stellen, bes. dec. XIV u. XXXIX zu vergleichen sind.

Kombinationen wie die soeben (III) genannte können nicht als besondere Formen betrachtet werden.

Schon ein Blick auf die Tabelle lehrt, dass die Hingabe von Kapital zu Eigenthum häufiger sein muss, als die zu bloser Nutzung, und so ist es denn auch wirklich im Handelsleben. Erwägt man überdies, dass ein Darlehn nicht bloss dann vorliegt, wenn Jemandem eine Quantität vertretbarer Sachen zu Eigenthum gegeben wird, mit der Auflage eine gleiche Quantität gleicher Sachen zurückzugeben, sondern auch dann, wenn Jemand von einem Andern eine Quantität vertretbarer Sachen oder eine res specialis erhält, um sie zu verwerthen, den Werth oder Erlös aber als Darlehn zu behalten und später zurückzuerstatten,[20] dann erscheint es nur natürlich, dass das A. d. H.G.B. unter den Formen der Stillen Gesellschaft in erster Linie die des modifizirten entgeltlichen Darlehns berücksichtigt. Hieran wird auch die folgende Darstellung festhalten.

V. Der Stille Gesellschafter **betheiligt** sich mit seiner Kapitaleinlage **am Handelsgewerbe** des Komplementars, oder anders ausgedrückt, er gibt dem Komplementar ein Kapital **zur Anlage in dessen Handelsgewerbe.** Das bedeutet juristisch gefasst: der Stille Gesellschafter gibt einem Kaufmann Kapital unter der ausdrücklichen oder stillschweigenden **„Voraussetzung"**, **oder Zweck**, dass dieser es **in seinem Handelsgewerbe** anlege. Welche Wirkungen eintreten, wenn der Komplementar die Voraussetzung oder den Zweck nicht erfüllt, vor allem, ob der Stille Gesellschafter, wenn jener das empfangene Geld statt im Handelsgewerbe anzulegen, anders z. B. zur Bezahlung von Spielschulden verwendet, sofortige Rückzahlung des unversehrten Kapitals fordern kann, hängt vom Landesrecht ab, doch greift auch das A. d. H.G.B. ein (Art. 262).[21]

Nicht selten sind dem Geschäftsinhaber noch engere Grenzen gezogen, z. B. er solle das empfangene Kapital in einem bestimmten seiner mehreren Handelsgeschäfte oder in einem bestimmten Zweige[22] seines oder eines seiner mehreren Handelsgeschäfte anlegen.

VI. Zur Sicherung seiner Ansprüche lässt der Stille Gesellschafter sich bisweilen ein Pfandrecht z. B. in Form einer Hypothek, oder eine Bürgschaft bestellen.[23] Umgekehrt kommt es auch vor, dass ein gewöhnlicher Hypothekenschuldner ausser den festen Zinsen einen Antheil vom Gewinn des Geschäfts verspricht, zu dessen Errichtung oder Vergrösserung er das Kapital aufnimmt.

VII. In dem Bisherigen wurde von Stillen Gesellschaftern und von Ge-

---

[20]) Vgl. Windscheid, Lehrbuch Bd. II § 370.

[21]) Vgl. hierüber, besonders auch über solche Voraussetzungen bei entgeltlichen Rechtsgeschäften Windscheid, Lehrbuch I § 97 f., Arndts, Lehrbuch § 74, Dernburg, Lehrbuch I (2. Aufl.) § 93; Preuss. A.L.R. I 4 § 152 ff. und Koch, Kommentar zu diesen Paragraphen. Vgl. unten S. 735.

[22]) Vgl. v. Hahn, Commentar zu Art. 250 § 7.

[23]) Vgl. v. Hahn a. a. O. Not. 3. R.O.H.G. XII S. 99 ff. So auch schon in früheren Jahrhunderten.

schäftsinhabern stets als von einzelnen Personen gesprochen, doch steht nichts entgegen, dass in diesen Rollen auch eine Offene Handelsgesellschaft, eine Kommanditgesellschaft, desgleichen eine Aktiengesellschaft, eine Genossenschaft oder irgend eine andere juristische Person auftritt; letztere würde allerdings, um als Geschäftsinhaber im Sinne des A. d. H.G.B. angesehen zu werden, gewerbemässig Handelsgeschäfte treiben müssen. Mitglied der gegnerischen Handelsgesellschaft oder Korporation wird lediglich durch den Stillen Gesellschaftsvertrag weder der Geschäftsinhaber noch der Stille Gesellschafter.[24]) Die Betheiligung Jemandes als Stiller Gesellschafter an dem Gewerbebetriebe einer Offenen Handelsgesellschaft war früher häufiger als heute, und hat zu manchen Verdunkelungen und Verwechselungen Veranlassung gegeben.

VIII. Die Betheiligung des Stillen Gesellschafters an dem Handelsgewerbe des Komplementars ist juristisch eine ganz indirekte. Der Geschäftsinhaber betreibt das Handelsgewerbe unter seinem eigenen Namen und für seine eigene Rechnung, was er darin erwirbt, ist zunächst sein Eigenthum, was er verliert sein Verlust, nur ist er eventuell verpflichtet und berechtigt, dem Stillen Gesellschafter bei Gewinn eine dessen Gewinnantheil gleichkommende Summe Geldes gut, bei Verlust eine dessen Verlustantheil gleiche Summe zur Last zu schreiben. Wie wenig der bisweilen gebrauchte Ausdruck: „Der Komplementar betreibt das Handelsgewerbe für Rechnung Beider", d. h. für seine eigene und des Stillen Gesellschafters gemeinschaftliche Rechnung[25]) juristisch passt, erhellt deutlich, sobald der Stille Gesellschafter nicht am „Verlust **und** Gewinn", sondern lediglich am „Gewinn" oder lediglich am „Verlust" (bei festen Zinsen) theilnimmt. Die Betheiligung des Stillen Gesellschafters an dem Handelsgewerbe trägt wirthschaftlich wie juristisch einen ganz anderen Karakter, als bei den übrigen Gesellschaftsformen;[26]) während bei diesen die Kapitaleinlage der Gesellschafter materiell stets **aktives** Geschäftskapital ist, ist die Kapitaleinlage des Stillen Gesellschafters nur **passives** Geschäftskapital.[27]) Die übrigen Gesellschaftsformen schaffen oder vergrössern das **Geschäftsvermögen**, die Stille Gesellschaft vergrössert nicht das Reinvermögen oder das reine Geschäftsvermögen des Komplementars, sondern führt letzterem nur disponible Mittel zu, vergrössert nur dessen **Kapital**; höchstens wenn und soweit der Stille Gesellschafter am Verlust theilzunehmen verpflichtet ist, kann man von einer, freilich nur eventuellen und indirekten Vergrösserung des Geschäftsvermögens sprechen.[28])

Nach Allem zeigt sich die Stille Gesellschaft als ein exklusives Kreditgeschäft, und zwar als ein merkantiles, produktives Betriebskreditgeschäft; regel-

---

[24]) Vgl. v. Hahn, Commentar a. a. O. § 5 u. oben S 379.

[25]) S. v. Hahn, Commentar zu Art. 250 § 2; Renaud „Ueber die Handelsgesellschaften", Akadem. Programm Heidelberg 1872 S. 21. Vgl. unten S. 737.

[26]) Von der Kommanditgesellschaft sei hier noch abgesehen.

[27]) Vgl. über diese Ausdrücke: Gottschalk, Die Grundlagen des Rechnungswesens und ihre Anwendung auf industrielle Anstalten. Leipzig 1865.

[28]) Vgl. unten S. 737 f..

mässig ist sie ein **Personalkreditgeschäft**, doch kann sie auch, wie vorhin bereits angedeutet, ein **Realkreditgeschäft** sein. [29])

Ueber die Stellung der Stillen Gesellschaft zu den anderen Gesellschaftsformen des Handelsrechts, und über ihre Bezeichnung als „einseitige Kapitalgesellschaft“ sei auf das bereits oben (S. 326 ff.) Gesagte verwiesen.

B. Zur Geschichte der Stillen Gesellschaft.

§ 138.

1. Bis zum Code de commerce.

Wenngleich es vorkommt, dass ein noch thätiger Kaufmann sich an dem Handelsgewerbe eines andern Kaufmanns als Stiller Gesellschafter betheiligt, so dient die Stille Gesellschaft hauptsächlich doch dem Privatmann als Form der Kapitalanlage, und entsprechend dem Handelsstand als Form, Privatkapital zur Unterstützung seines Handels heranzuziehen.

I. Ob das **römische Recht** dieses zu seiner Zeit sicherlich ebenfalls vorhandene Bedürfniss des Kapitalisten und Kaufmanns in der gleichen Weise befriedigte oder nicht, ermangelt noch des Nachweises, in andern Wirthschaftszweigen als dem Handel kommen unserer heutigen Stillen Gesellschaft entsprechende Rechtsverhältnisse vor. [1]) Einige finden in der Stellung des heres non adscitus eines verstorbenen Mitgliedes einer societas vectigalium, und in der des sogn. affinis eben solcher societas die Stille Gesellschaft wieder. [2]) Bei desbezüglicher Beurtheilung oder Durchforschung des römischen Rechts wird man zweierlei nicht übersehen dürfen: erstens, dass der römische Privatmann dank der patria und dominica potestas und der Gewohnheit, durch gewaltunterworfene Personen Handel und andere Gewerbe zu betreiben, [3]) unbedingt weniger Veranlassung zu Kapitalanlagen bei fremden Personen, speziell Kaufleuten hatte, als der Privatmann der späteren und auch der heutigen Zeit; zweitens, dass der Hauptvor-

---

[29]) Vgl. über diese Terminologie Knies, Geld und Kredit. (Berlin 1873—1879) II 1 S. 19 ff., 35, 97, 111, 114 ff., 117 f., 129.

[1]) S. Lastig, Beiträge zur Geschichte des Handelsrechts in Goldschmidt's Zeitschr. f. H.R. Bd. XXIV S. 417 ff.

[2]) Vgl. Roesler, Die rechtliche Natur des Vermögens der Handelsgesellschaften nach römischem Recht (in Goldschmidt's Zeitschr. f. H.R. Bd. IV (1861) S. 274 bis 300 bes. 281), der jedoch die Stellung eines Stillen Gesellschafters, Kommanditisten und Aktionärs noch nicht streng auseinanderhält. Renaud, Das Recht der Aktiengesellschaften (II. Aufl. Leipzig 1875) S. 4 ff.

[3]) Vgl. Roesler a. a. O. S. 301 f., Bekker, Zweckvermögen, insbesondere Peculium, Handelsvermögen und Aktiengesellschaften in Goldschmidt's Zeitschr. f. H.R. Bd. IV S. 501 ff., Dietzel, Die Kommanditengesellschaft und die actio tributoria ebendaselbst Bd. II S. 1—18, Fick, Ueber Begriff und Geschichte der Aktiengesellschaften, ebendaselbst Bd. V S. 21 ff. Endemann, Lehrbuch § 33 I.

zug der Stillen Gesellschaft vor der gewöhnlichen, nämlich der Offenen Handelsgesellschaft, die Nichthaft des Stillen Gesellschafters gegenüber den Kontrahenten seines Genossen, im römischen Recht allgemeine Regel bildete, folglich die Hauptveranlassung fehlte, der einseitigen Kapitalgesellschaft juristischerseits so grosse Aufmerksamkeit zuzuwenden, wie die heutige Zeit ihr widmet.

II. 1. Der zweiten Hälfte des **Mittelalters** war, wenn auch nicht die einzige, so doch eine sehr gewohnte und viel benutzte, fast könnte man sagen die hauptsächlichste Form fruchtbarer Anlagen von Privatkapital das Hingeben von Kapital, speziell von Geld, an einen Einzelkaufmann oder an eine Handelsgesellschaft unter Antheil am Gewinn, oder am Gewinn und Verlust des Geschäfts, kurz die einseitige Kapitalgesellschaft oder Stille Gesellschaft. Ohne diese Sitte wäre die Konzentration, Intensität und gewaltige Ausdehnung des damaligen Waaren-, Geld- und Industriehandels, wie sie bereits in dem dreizehnten Jahrhundert und noch früher Italien, doch auch Frankreich und Deutschland aufweisen, zum guten Theil gar nicht möglich gewesen,[4]) auf der anderen Seite hätten sich aber auch nicht die überaus tief und weit greifenden Rückwirkungen des Konkurses eines grossen Handels- oder Bankhauses auf die Privatkapitalisten zeigen können.[5])

Die ältesten Quellenstellen, welche den überaus einfachen Sachverhalt der einseitigen Kapitalgesellschaft berühren, alle aufzuzeichnen oder gar ausführlich wiederzugeben, würde bei deren endloser Zahl fast unmöglich sein, überdies wenig Werth haben, da die in Betracht kommenden Gesetze, Statuten und Vertragsurkunden selten über mehr, als die blose Existenz und das häufige Vorkommen dieses Rechtsinstitutes Auskunft gewähren; es sei daher hier lediglich auf die bereits an anderen Orten zusammengestellten Belege verwiesen.[6])

2. Qualitativ reichere Ausbeute liefern wissenschaftliche Literatur und Gerichtspraxis seit Ende des Mittelalters, beide aber stecken voll von dogmatischen Streitfragen, und wegen der Verschiedenheit des Ausgangspunktes der streitenden Ansichten auch voll von fast unlösbaren Widersprüchen. Eine Besserung zeigt sich erst in neuerer Zeit (s. unten II a. E. und III). Drei Richtungen, die einander aber wiederum durchkreuzen, machen sich geltend: die kaufmännische und handelsgerichtliche Praxis, die völlig romanistische Rechtswissenschaft, die kanonistische Doktrin. Um festen Boden zu gewinnen empfiehlt es sich, zunächst lediglich die kaufmännische und handelsrechtliche Praxis zu betrachten.

Unstreitig gebührt die erste Stelle unter allen älteren Sammlungen handelsrechtlicher Entscheidungen der berühmten, in Deutschland, den Niederlanden, Frankreich u. s. w. ebenso, wie in ganz Italien selbst verbreiteten und viel beachteten Sammlung der Decisiones Rotae Genuae de mercatura et perti-

---

[4]) S. Lastig a. a. O. Bd. XXIII S. 159 ff.

[5]) Vgl. Peruzzi, Storia del commercio e dei banchieri di Firenze dal 1200 al 1345 (Firenze 1868) p. 433 ff. bes. S. 460 ff.

[6]) Lastig a. a. O. S. 419 ff. u. Die Stille Gesellschaft (s. oben S. 327 Not. 14) S. 5—8 u. 14—20.

nentibus ad eam aus der Mitte des sechzehnten Jahrhunderts;[7]) sie gibt auch über die einseitige Kapitalgesellschaft so ausführliche und klare Auskunft wie keine andere Quelle.

In ihr begegnen wir einer „Form oder Spezies der Gesellschaft", welche unter dem Namen „**Participatio**" vollständig unserer heutigen Stillen Gesellschaft des A. d. H.G.B. entspricht. Jemand gibt einem Einzelkaufmann oder auch einer Offenen Handelsgesellschaft eine Summe Geldes zur Anlage im Handelsgewerbe oder in einem bestimmten Zweige desselben, unter Theilnahme am Gewinn und Verlust des Geschäftsbetriebes. Der das Kapital Hingebende heisst hier „**Particeps.**"

Das Rechtsverhältniss selbst zeigt in kurzen Zügen folgende Gestaltung.

a. **Inneres Rechtsverhältniss.** Der Kontrahent des Particeps erhält das Eigenthum der Einlage und ist alleiniger Eigenthümer des Geschäfts, dominus negotii. Er allein hat die gesammte Geschäftsführung, und zwar nicht etwa zufolge Uebertragung von Seiten des Particeps, sondern kraft eigenen Rechts,[8]) und in keiner Weise durch den Particeps beschränkt.[9]) Nicht einmal bei der Aufnahme noch anderer Participes darf der bisherige Particeps mitsprechen, steht er doch selbst nach deren Aufnahme in keinerlei direkter Beziehung zu ihnen, geschweige denn in einem Sozietätsverhältniss.[10]) Der Geschäftsherr führt das Geschäft unter seinem alleinigen Namen;[11]) der Geschäftsgewinn oder Verlust trifft zunächst direkt allein ihn, den Particeps nur indirekt, nemlich dadurch, dass der Geschäftsherr ihm eine dem Gewinn- oder Verlustantheil entsprechende Summe zu oder abschreibt.[12]) Die Höhe des Antheils hängt von dem jedesmaligen Vertrage ab. Zur Nachrechnung der auf seinen Antheil gesetzten oder zu setzenden Summe hat der Particeps ein Recht auf Rechnungslegung und Einsicht der Bücher. Eine Abrechnung bzw. Auszahlung pflegt nur einmal, nemlich bei Beendigung der Participatio zu erfolgen, doch kommen bei speziell darauf gerichtetem Vertrage auch periodische Abrechnungen vor.[13]) Einen grösseren Verlustantheil als verabredet braucht der Particeps nicht zu tragen, und in dubio findet dessen absoluter Betrag in der Höhe der Kapitaleinlage die Maximalgrenze. Der Particeps ist lediglich Gläubiger des Geschäftsinhabers;[14]) das tritt besonders scharf hervor, wenn letzterer eine Offene Handelsgesellschaft ist, alsdann haftet nemlich jeder einzelne Gesellschafter dem

---

[7]) Näheres s. Goldschmidt, Handbuch II. Aufl. S. 36 u. Biener an den oben S. 21 Note 24 citirten Orten. Casaregis discursus legales de commercio (1709 ff.,) disc. XXXVI 3: Rota Genuensis — quae in causis mercantilibus maximae est authoritatis.

[8]) Dec. XIV 72, 83, 96, 116, 118 f. u. CXXIV 60—66.

[9]) Dec. XIV 56—58, 60 u. 61, 87, 89.

[10]) Dec. XIV 85 u. 120.

[11]) Dec. XIV 94, 118.

[12]) Dec. XIV 104, 111: Insuper participes non adstringuntur damno, quod culpa Augustini (des Komplementars) appaltui (ist d. Geschäft) obvenit.

[13]) Dec. XIV 64, 118, 120. Dec. XLVI pr. 1. Statuta Reipublicae Genuens. von 1589 lib. IV cp. XII. Straccha de contractibus mercatorum Nr. 7 u. 8.

[14]) Dec. LXXI, pr. LIX 3, XIV 60, 110.

Particeps ganz wie jedem andern dritten Gläubiger direkt, illimitirt und solidarisch für Kapital, Gewinn und Rechnungslegung. Der Particeps wird nicht als Mitglied der Gesellschaft selbst angesehen.[15])

b. **Aeusseres Rechtsverhältniss.** Der Geschäftsherr führt das Geschäft unter seinem eigenen und alleinigen Namen, er allein wird aus den so geschlossenen Rechtsgeschäften den dritten Kontrahenten gegenüber berechtigt und verpflichtet, mit dem Particeps haben letztere gar nichts zu thun, kennen womöglich nicht einmal seine Existenz, und wissen sie sie, so haben sie gegen ihn doch höchstens abgeleitete Rechte, abgeleitet[16]) aus der Person des Geschäftsherrn, ihres Schuldners und seines Gläubigers. Fällt der Komplementar in Konkurs, so kann der Particeps seine bereits gezahlte Kapitaleinlage, soweit sie den Betrag des auf ihn fallenden Verlustantheiles übersteigt, im Konkurse als Gläubiger anmelden; war er mit seiner Kapitaleinlage im Rückstande, so kann er nun angehalten werden, an die Masse nicht nur die seinem Verlustantheile entsprechende Summe zu zahlen, sondern auch den Betrag, um welchen der Rest, wenn die ganze Einlage von vorneherein baar eingezahlt wäre, im Konkurse gekürzt würde.[17]) Auflösung der Participatio steht den Parteien jederzeit frei, geschieht sie aber mit der Absicht, die sonstigen Gläubiger des Komplementars zu benachtheiligen, so muss der Particeps dennoch die vorhin genannten Beträge an die Konkursmasse zahlen. Betrügerische Absicht wird jedoch nicht, wie heute, hier vermuthet.[18])

c. Ist die Participatio entgegen der Regel nicht auf bestimmte Zeit geschlossen, so darf der Particeps seine Einlage nicht vor Ablauf des Geschäftsjahres zurückziehen, jedoch steht ihm frei, sie jederzeit zu veräussern.[19])

3. Die so gestaltete Participatio birgt in der Theilnahme des Particeps am Gewinn, bzw. am Gewinn und Verlust, ein wesentliches Merkmal des Gesellschaftsbegriffes.[20]) Die völlig romanistische Rechtswissenschaft kannte seit und mit den Glossatoren der inneren juristischen Struktur nach nur Eine Art der Sozietät oder Privatgesellschaft, die, welche oben „gegenseitige Gesellschaft“ genannt wurde, und die gelehrten Richter folgten ihr in dieser Auffassung. In Konsequenz dessen behauptete man hartnäckig, dass der Particeps, wie nach altem Handelsgewohnheitsrecht jeder Sozius, den Gesellschaftsgläubigern direkt und solidarisch —, ob illimitirt oder limitirt, darüber gingen die Stimmen wieder auseinander — hafte, und entkleidete damit die Participatio ihrer Haupteigenthümlichkeit, der Nichthaft des Particeps gegen Dritte.

Dieser offenbare dogmatische Irrthum hätte nicht so festen Fuss fassen

---

[15]) Dec. XXXIX 9. Vgl. auch LIX 3, XLVI pr.

[16]) Dec. XIV 30, 31, 47, 49, 50, 53, 78, 82, 86, 87, 94, 96, 99, 104, XXXIX 3, 9 f.

[17]) Dec. XIV 110, 111.

[18]) Dec. XIV 133.

[19]) Decisiones aureae Delphinatus ed. Marcus qu. DCCCLXXXVIII. Straccha, De contractibus mercatorum, no. 8 u. Dec. R.Gen. Dec. XIV u. XXXIX.

[20]) S. oben S. 316 ff. u. 326 ff.

können, wie es geschehen, wenn ihm nicht von aussen her lange Zeit Nahrung zugetragen wäre.

Das kanonische Recht verbot jeden Wucher, d. h. den Bezug irgend eines Aequivalents für die einem Andern gestattete Kapitalnutzung, und damit auch neben andern Rechtsgeschäften das entgeltliche Darlehn.[21]) Die Participatio vermochte die kanonistische Doktrin trotz deren naher Verwandtschaft mit dem Darlehn nicht unter das Wucherverbot zu bringen, man berief sich darauf, sie sei eine Spezies der Sozietät, speziell die bereits vom römischen Recht ausdrücklich anerkannte und erlaubte Sozietät,[22]) in welcher der eine Sozius (Particeps) lediglich Kapital, der andere nur Arbeit, oder Kapital und Arbeit einwirft. — Dies benutzend nahm eine Reihe von Kapitalanlagen, die bei freiem Verkehr naturgemäss juristisch die Form des Darlehns getragen hätten, missbräuchlich das Gewand der Participatio oder dieser Sozietät an;[23]) der regelmässigen inneren Wirkung der Participatio, Unsicherheit des Aequivalents und Theilnahme auch am Verlust, suchte man dann dadurch zu entgehen, dass man dem eigentlichen Hauptvertrage dahin gerichtete Bedingungen oder Nebenverträge hinzufügte.[24]) Ohne nun zwischen der wirklichen Participatio und diesem Missbrauch zu unterscheiden, betonen die Anhänger der Wucherdoktrin, da sie erstens den Sozietätskarakter der Participatio zugeben müssen, zweitens zugeben, dass diese als societas eine societas operae pecuniae ist, drittens die rechtliche Zulässigkeit der societas operae-pecuniae nicht leugnen können, das Sozietätselement der Participatio und dringen nachdrücklichst darauf, die Participatio oder societas operae-pecuniae nun aber auch voll als Gesellschaft zu behandeln; sie plaidiren dafür: erstens, dass der Particeps wie andere Gesellschafter direkt, solidarisch und womöglich auch illimitirt den Gesellschaftsgläubigern hafte, zweitens dass Nebenverträge, welche dahin zielen, den unsichern Gewinnantheil in einen absolut festen Zins umzuwandeln, die Theilnahme am Verlust zu eliminiren, und die Rückzahlung des Einlagekapitals festzustellen ungiltig seien. Das Letztere gelang ihnen insofern, als die Participatio, in welcher der Particeps lediglich am Gewinn Theil nimmt, wirklich lange Zeit als wucherisch für rechtlich verboten galt.[25]) — Auch Ersteres fand in der Jurisprudenz und Gerichtspraxis vorübergehend Anklang, dann aber schlug wenigstens bei den Handelsgerichten die richtige Erkenntniss durch; dem wirklichen Sachverhalt genau entsprechend behauptete man den Sozietätskarakter der Participatio auch ferner,

---

[21]) S. Endemann: 1) Die nationalökonomischen Grundsätze der kanonischen Lehre (in den Jahrbüchern von Hildebrandt u. Conrad Bd. I und als Separatabdruck 1863); 2) Studien in der romanisch-kanonischen Wirthschafts- und Rechtslehre bis gegen Ende des 17. Jahrhunderts. Bd. I (Berlin 1873) § 1—3 u. Lastig a. a. O. S. 9 ff.

[22]) Vgl. Endemann, Studien S. 344 u. Lehrbuch § 33 I u. 48 I, II u. III; Lastig a. a. O. S. 22 f.

[23]) Endemann, Studien S. 360 ff.; Lehrbuch § 48 II u. III; Lastig a. a. O. S. 23 ff.

[24]) Lastig a. a. O. S. 25 ff.

[25]) Dec. Rot. Gen. dec. XX1X 10.

leugnete aber, dass sie eine gewöhnliche Handelsgesellschaft sei, nannte sie eine besondere Form oder Spezies der Sozietät,[26]) eine societas particularis, die der Praxis d. h. dem Gewohnheitsrecht entsprossen nicht unter die gewöhnlichen hergebrachten Normen des römischen Rechts und dessen Lehre falle.[27]) In demselben Grade, in welchem das Wucherverbot und die kanonistische Wucherdoktrin überhaupt an Boden verlieren, weicht auch die mit ihnen zusammenhängende übermässige Betonung des Sozietätelements in der Participatio zurück; die eben genannte Auffassung der handelsgerichtlichen Praxis gewinnt nun auch in andern Gerichten mehr und mehr Anerkennung, doch vermag die Gerichtspraxis ebenso wie die Literatur und Gesetzgebung noch lange Zeit nicht aus dem Schwanken herauszukommen. —

4. Dem eben angedeuteten Stadium gehören folgende Gesetzesbestimmungen und Lehrmeinungen speziell aus Deutschland an:

Das Rechtsbuch Johannes Purgoldts,[28]) Buch III Cap. XXXVI: Gebet adder lihet eyner eyme gelt zu kouffmanschatze, der mag wol zeemlichin teyl

[26]) Dec. XXXIX 6 licet (particeps) socius lucri esset et damni non tamen per omnia socius est. Dec. XIV 22 Differentia constituenda esse videbatur inter participes, et socios, et consequenter aliud in socio, aliud in participe constituendum: quia ubi diversa est ratio, diversum jus statui debet. — Occurritur huic objecto participem, seu eum qui habet partem in negotio dici proprie socium. 84: societas particularis, restricta et limitata, quam praeter conventa extendere nec possumus, nec debemus. 93. dec. CLXXVI 20.

[27]) Dec. XXXIX 7: (Zwischen gewöhnlicher societas und participatio) quidem substantialibus differentia est, quae communis observantia, a qua recedere non licet, et fori mercatorii indubitata consuetudo utique servanda. 10: participem vero sola introduxit praxis, nec mirum, quandoquidem plura esse negotia, quam a legislatoribus adinventa vocabula testetur. Thesaurus Ombrosianus (Selectarum Rotae Florentinae Decisionum Thesaurus ex bibliotheca Johannis Pauli Ombrosi Jurisconsulti, et in Florentina Curia Advocati Ed. II Flor. MDCCLXXII ff. (Ed. I 1767) enthält Erkenntnisse aus dem 17. u. 18. Jahrhundert) T. I dec. XVI 13 cum dicti rei conventi in eis nominentur, non uti socii, sed tantummodo uti interesse in dicto negocio habentes, et participes, qui termini valde differunt inter se, et aliud est dicere Socium, aliud Participem, ut notum est etiam inter Mercatores. S. die Citate dafür. Nr. 20: Loquitur enim Statutum istud „de' Compagni", quo nomine, et vocabulo stricte sumpto, ut fieri debet non continentur Participes negotii. . . Zanchi a. a. O.T. I cp. I 161 u. cp. VIII: De Societate per modum participationis. Casaregis Discursus legales disc. XXXIX 30 ff. Maxima est differentia inter socium et participem et sic diversi in jure producuntur effectus, quorum praecipui sunt, ut participes non teneantur nisi ad ratam capitalis, pro quo participant in negotio. Neque ipsi agere possunt contra debitores societatis, neque conveniri valent a creditoribus societatis. Der Particeps einer Gesellschaft ist e. socius societatis, und nicht membrum societatis. Zanchi a. a. O.T. I cp. VIII: De societate per modum participationis sehr ausführlich; die Participatio umfasst hier und zwar mit Recht auch die Untergesellschaft im Sinne des A. d. H.G.B. Art. 98 II. Zanchi a. a. O. Nr. 15 f. atque hanc participationis contractum regulariter solet a nobilibus aliisque personis coiri, refugientibus eorum nomen expendi, et nobilitatem dehonestari Part. III cp. III 75, cp. XI 37 ff.

[28]) Herausgegeben von Fr. Ortloff, Jena 1860. — Neuerdings als von Johannes Rothe aus Kreuzburg i. Th. im Anfange des 15. Jahrhunderts geschrieben und von Purgoldt nur bearbeitet nachgewiesen von Bech in Pfeiffers Germania VI (Wien 1861) S. 45 ff. bes. S. 59 u. 66 ff.

von der winnunge nehemen, die hobisslichin unnd gottlichin irkregen ist, und doch also das her ouch wage mede habe, noch deme also her teyl nemmeth. Dith ist das beschriebin recht und stet geschriebin ex. de dote und ist ouch der stat recht.

Christoph Kuppener, Vom Wucher.[29] (Neumann S. 589, 3) Nach besage des hochgelerten herren *domini abbatis in dic. c. conquestus de usu.* vnd ist das eine **witwe** die etzliche summe geldes hat, die magk solche yre summe czu einem **redlichen kaufmann legen in eine bank** vnd in eine kauffmanschaft vnd magk vber ir hauptgelt vmb das, das sie yr gelt die czeit entbieret, jarlichen ein **auffgelt** dorauff nemen aus solchem erlichem gewinne ane das, das sie **nicht fare** stehen bedarff gewinnes vnn vorliessens, dan sunst wer es nicht ein sunderlicher fal, besunder ein gemeine contrahirte geselschaft, dy im rechten unter den menschen wie oben gesatzt, zu machen czugelassen wirt.

(Neumann S. 591) furder sal man vormercken, das die ihenigen menschen, **dy ir gelt legen auff gewin vnn vorlust in einen handel ader kauffmanschafft**, dieselbigen mogen ir gelt nicht wider **herausfodern**, auch nicht von **den herren des handels rechenschaft fordern**, dann allein nach **vorlauff ein jahres**, also spricht der hochgelarte her. *d. bar. in. l. neminem Cod. de. suscep. et archia li. X.* Es were dan das hern des handels vnn dy kaufleute vermercket wurden als betrieger ader fluchtige leute solchs handels, dan musten sie auch inwennigk einem jahre rechenschafft thun. Vormerke auch in dem oben geallegirten l. den hochgelerten d. io. de pla. der do spricht, **das heute diszer czeit czimlichen ist, gelt czu legen bey einem kauffman in eine geselschafft ader kauffmanschatz**, auff das, das einer gewin do von neme, der do czimlichen ist, vnn den man do von gehaben magk vornim so er solch geldt auff **gewin vnd vorlust** bey einem kauffman gelegt hat, sunst were es wucher.[30]

Privileg Kaiser Fridrich III. für Nürmberg, d. d. Newenstat am Sambtztag vor sandt Johannstag zu Sonwenden 1464:[31] Mer so ordnen Wir von dess Handels vnd kauffmanschafft wegen. Welich person Burger oder Burgerin der vorgemelten Stat Nurmberg ein nemlich Summa gelts mit geding in ein geselschafft leyen, das Sy solich geding hallten vnd dem nachkomen sullen, Welich obgemelt person aber Ir gut und gelt in geselschafft tun an geding, sunder zu gewynn und verlust, vnd doch für sich selbst die hanttirung der geselschafft nit pflegenn zu handeln, Ob und wann denn dieselben geselschafter durch vngefelle oder sunst vorlust leyden vnd in schulde vallen wurden, vnd dieselb schulde von dem haubtgut, das Sy alle in der gesellschafft heten, nit möchte bezallt werden, So solten dieselben person, die als

[29]) Leipzig 1508 zum Theil abgedruckt in M. Neumann, Geschichte des Wuchers in Deutschland (Halle 1865) S. 584 ff. Vgl. dazu die Aufsätze von Muther in den Jahrbüchern für gem. deutsch. Recht VI S. 149 ff.

[30]) Vgl. Riederer Frd., Spiegel der wahren Rhetorik etc. Friburg in Brissgau 1493 (Bd. II 1517) fol. CLIII.

[31]) Nach Gengler, Lehrbuch des deutschen Privatrechts (Erlangen 1854) S. 497.

vorstet Ir gut vnd gelt vnverdingt in geselschaft heten, nit mer zu bezalen pflichtig noch schuldig sein, dann allain sovil, als sich nach anzahl Irer zugelegten hauptgutz gepüren, vnd damit der übrigen schuld gantz entledigt vnd auch alle ander Ir hab vnd gut, wo Sy die hetten, desshalben von allermäniclichen vnangelangt vnd vnaufgehalten vnd vnbekümbert sein vnd beleiben in alle Wege vnd weise, so öfft vnd vil sich solichs, wie obgeschrieben stet, kunffticlichen yetzutzeiten eraischen vnd begeben wurde.

In offenbarem Anschluss hieran bestimmt auch die

Reformatio Norimbergensis v. 1564 [32]) tit 18, Ges. 451: So aber ainer sein gut oder gelt in ein geselschaft zu gewyn vnd verlust, on besondere geding oder verpflichtung gelegt hat vnd die Geselschaft in ainen verlust kommen were, so soll Er weiter nit dan nach anzal seines gelegten gelds oder guts, mit zu bezalen schuldig sein. So aber der gesellschafft vermügen zu völliger bezalung nicht raichen oder genugsam sein würde, so soll doch der, so zu gewyn oder verlust zu gelegt hat, weiter nit verpflichtet sein, dann soweit sein hauptgut sich erstreckt.

desgleichen die

Reformatio Francofortensis v. 1578 [33]) tit. 33 § 12. Wurdte jemandt eine namliche Summe Gelts zu einer Geselschaft sonder Geding vnd blosslich zu Gewinn vnd Verlust, wie es sich begeben mochte legen, doch sonst mit dem Handel nichts zu thun haben wöllen, und aber sich zu trüge, dass die Gesellschaft durch Vngefall oder sonst Verlust leiden vnd in Schaden geraten wurde vnd die Schulden von dem Hauptgute, so eine gemeine Gesellschaft zusammengelegt, nicht möchten bezalt werden, so soll derselbig, der wie vorgemelt sein Gelt vnverdingt in die Geselschaft gelegt hat, mehr nicht zu bezalen schuldig sein, dann allein so vil als sich nach Anzahl seines zugelegten Hauptgutes gebührte, vnd damit der übrigen Schulden gar entledigt auch alle anderen seine Haab vnd Güter von menniglich unangelangt vnd unbeschwert gelassen werden. Ob auch gleich der Gesellschaft Vermögen zu völliger Bezahlung der Schulden nicht erstrecken thete.

Denselben Inhalt nur in knapperer Fassung bietet das verwandte

Lüneburger Stadtrecht von 1577—1583 [34]) p. II tit. 23: Wer eine namhafftige Summe Geldes zu Gewinn und Verlust, ohne einig ander Geding zu einer Marschkopey leget aber sonst mit ihrem Handel nichts zu thun haben

---

[32]) Ueber das Nürnberger Recht, bes. bez. dessen Geltung bis in unsere Zeit vgl. Roth, bairisches Civilrecht (I. Aufl. 1871 Tübingen) Bd. I S. 70 ff. S. diese und die folgenden Quellenstellen bei Goldschmidt diss. de societate en commandite (Halae 1851) p. 12 f.

[33]) Thöl, Lehrbuch § 111 Not. 12 citirt auch d. Frankfurter Reformation von 1611 Art. 12. Ueber den Einfluss des Nürnberger Rechts auf Frankfurt und anderer Städte Recht vgl. Roth a. a. O. S. 72 u. Stobbe, Geschichte der deutschen Rechtsquellen (1860 ff.) Bd. II bes. S. 322. Die Reformation von 1611 — noch heute geltend — enthält nur wenig Abweichungen.

[34]) S. Stobbe a. a. O. 326 ff. bes. 329 u. Note 53 u. 57, wonach auch Thöls u. Goldschmidts Angabe der Jahreszahl 1679 (a. a. O.) zu verbessern ist.

will, ist nicht schuldig, wenn die Marschkopey in Schulden geräht, mehr zu bezalen, denn sich nach Anzahl seines zugelegten Hauptgeldes gebühret.[35])

Das Rechtsbuch des Johannes Rothe und Kuppener lassen das Einlegen von Geld in das Geschäft eines Kaufmanns nur unter Theilnahme am Gewinn und Verlust zu, die übrigen Quellen auch unter Theilnahme blos am Gewinn, sie nennen dies: **„Einlegen mit Geding."** Keine dieser Quellen mit Ausnahme Kuppeners bezeichnet das Rechtsverhältniss als „Gesellschaft", wo das Wort Gesellschaft vorkommt, bezieht es sich auf den Geschäftsherrn, der meistens eine (Offene) Gesellschaft war. Das Rechtsverhältniss zwischen dem Kapitalisten und dem Geschäftsherrn zeigt genau dieselbe Gestalt wie die Participatio. Der Kaufmann oder die kaufmännische Gesellschaft ist der „herr des handels" und führt die Geschäfte selbständig, der Kapital einlegende Privatmann nimmt in dubio, d. h. wenn der Vertrag **„an geding"** „on besondere geding oder verpflichten" „sonder geding" geschlossen wurde, am Gewinn und Verlust theil; letzterer findet seine Maximalgrenze in der Höhe der Kapitaleinlage. Den Geschäftsgläubigern haften direkt nur die Geschäftsherren, die Gesellschafter, nicht der Kapitaleinleger.

5. Unmittelbar an dieses „legen von Geld in eine Gesellschaft zu Gewinn und Verlust" knüpft sich die **„Stille Gesellschaft"** des heutigen Rechts an, doch nicht ohne im Laufe der Zeit von anderer Seite her durch Lehre und Gesetz mit ihr fremden Elementen versetzt worden zu sein:

a. Ein Theil der ausschliesslich romanistisch gebildeten Juristen suchte die dem römischen Recht als Regel fremde, aber schon im dreizehnten Jahrhundert — und noch früher wohl — geltende direkte Solidarhaft der Mitglieder einer gegenseitigen Handelsgesellschaft durch ein von den gesammten Gesellschaftern an ihre geschäftsführenden Genossen, die Häupter der Gesellschaft, ertheiltes Mandat oder Institoriat zu erklären.[36]) Obwohl andere Juristen das Unberechtigte solches Verfahrens erkannten und das römische Mandat oder Institoriat nur zum **Vergleich** herangezogen wissen wollten,[37]) schlichen sich durch diese

[35]) Vgl. noch Lauterbach-Boehm Disquistio de sociorum obligatione, quae oritur ex conventione cum extraneis inita. (1668) cp. VI § XLVIII ff. bes. LXII. u. Lauterbach-Langermann, Grundsätze von besondern Kaufmannsrechten 1655 cp. CLXII ff. Die von Thöl und Andern als Belege für die Stille Gesellschaft angezogenen Stellen der bayrischen Wechselordnung von 1785 (nicht 1786) § 4, 2 und der Wechselordnung der Stadt Augsburg von 1778 cp. XI § 2 gehören nicht hierher; sie sind abgedruckt in Moritz, Handbuch sämmtlicher Wechsel- und Merkantilgesetze für die älteren sieben Kreise des Königsreichs Bayern (Ottobeuern 1826) S. 40 ff. u. 163 ff. u. in Joh. Karl Meissner, Codex der europäischen Wechselrechte 1836 f. S. 184 ff. u. 222 ff. S. S. 719.

[36]) S. Lastig, Zeitschr. f. H.R. XXIV S. 396 f., und die dort besprochenen Ausführungen von Endemann und Dietzel, daselbst Not. 1 zitirt.

[37]) Dec. Rot. Gen. dec. XIV 70 f.: quando duo sunt socii mercatores . . . quod teneantur insolidum: quoniam tunc institores invicem praepositi videntur . . . . . est animadvertendum, quod Bart. dicit, videri institores, ergo non sunt: quia quod videtur non est . . . et ita non esse vere institores, sentit Petr. de Ubald. in dict. tract. de duo. frat. erunt ergo ad instar institorum . . . quo casu daretur actio

Mandatstheorie doch Sätze ein, welche die Sozietätslehre nur noch mehr verwirren mussten. Zum Theil wirken sie noch heute nach. Dahin zählte vor allen der Satz, dass den Gesellschaftsgläubigern zwar jeder Gesellschafter direkt und solidarisch,[38]) aber nur die geschäftsführenden Gesellschafter auch illimitirt, die übrigen lediglich limitirt, nemlich nur mit ihrer Kapitaleinlage hafteten, da das Mandat sich nur auf die Einlage erstreckte.

Der geschäftsführende Gesellschafter ist das Haupt der Gesellschaft, nach ihm benennt sich die Gesellschaft, seinen Namen enthält die Firma;[39]) deshalb erscheint jener Satz häufig auch in der Fassung: die in der Firma namentlich genannten Gesellschafter, die socii nominati, socii, quorum nomen expressum est, haften illimittirt, die nicht namentlich, sondern nur virtualiter (durch et Co. oder „et socii") genannten Gesellschafter nur limitirt. Auf Grund dessen empfehlen die Anhänger dieser Ansicht dem mit einer Gesellschaft Kontrahirenden, sich vor Abschluss des Geschäfts genau über die Höhe des Einlagekapitals jedes Gesellschafters zu erkundigen. Andere vertheidigen unbeirrt die althergebrachte illimirte Haft jedes Gesellschafters.

In dem Streit dieser beiden einander befehdenden Meinungen bildete sich eine dritte, scheinbar eine vermittelnde Ansicht, nemlich die, dass wie das Mandat so auch die äussere Haft der in der Firma nicht speziell genannten Gesellschafter präsumtiv zwar illimitirt sei, aber jeder dieser Gesellschafter diese Präsumtion durch darauf gerichtete Registrirung oder öffentliche Erklärung mittels Briefe, Oblatorien u. s. w., kurz durch vorgängigen Protest aufheben können.[40])

So erscheint hier und da in der Literatur, in der Gerichtspraxis[41]) und sogar in der Gesetzgebung neben der einseitigen Kapitalgesellschaft und der alten reinen gegenseitigen Handelsgesellschaft, eine **zweite gegenseitige Handelsgesellschaft**, in welcher zwar **alle Mitglieder** den Geschäftsgläubigern **direkt und solidarisch**, aber nur **ein Theil** von ihnen auch **illimitirt, die übrigen** lediglich **limitirt haften.**

Von Gesetzen wären hierher zu zählen:

Eine **Provisione der Università de' mercanti zu Bologna** von 1583.[42])

Die **Wechselordnung der Stadt Augsburg** von 1778: Cp. XI § 2.[43]) Wenn in einer Handlung einer oder mehr Socii vorhanden, so muss einer für alle und alle für einen in solidum mit ihrem völligen Vermögen, es sey zu der Handlung gewidmet oder nicht, stehen; es wäre denn, dass einer oder die andern gleich anfänglich sowohl in den Oblatorien, als auch in dem Raggion-

---

exemplo institoriae, seu utilis actio, ut ibi, nec semper sunt quasi institores socii, nisi ubi concurrunt quaedam circumstantiae, quae eos tales facere videantur.

[38]) Bisweilen wird selbst das bestritten und pro rata Haft behauptet.

[39]) S. oben S. 331 f.

[40]) Casaregis disc. CXLIV, 1—5, 18, 22, 36—45.

[41]) Bezüglich beider s. Zanchi a. a. O. p. II cp. X Nr. 134—159.

[42]) S. unten S. 720 f.

[43]) Abgedruckt in Moritz und in Meissner (s. oben Not. 35).

buch sich deutlich erkläret hätten, nur für eine gewisse Summe gehalten seyn zu wollen, in welchem Fall er, oder selbe auch zu mehrerm nicht angehalten werden mögen.

Die **Bayerische Wechselordnung** von 1785 § 4: [44]) Der Willkühr eines Gläubigers, oder Wechselbriefinhabers ist es überlassen, die Socios insgesammt oder sonderheitlich, oder wohl gar Einen für Alle in solidum anzuhalten, und zu bezwingen, der denn die vollständige Zahlung zu entrichten schuldig ist; ausser es wäre vermög Oblatorii von demselben ein bestimmtes Vermögen in der Handlung schon zum Voraus bei dem Wechsel- und Merkantilgerichte angezeigt worden.

b) Lässt man die juristische Konstruktion bei Seite, und fasst lediglich das wirthschaftliche Resultat ins Auge, so stimmt diese theilweis limitirte gegenseitige Gesellschaft mit der einseitigen Kapitalgesellschaft darin überein, dass sowohl der in der Firma nicht namentlich genannte bez. protestirende Gesellschafter, wie auch der Particeps höchstens seine Einlage verlieren kann, der Verlust also auf die Kapitaleinlage limitirt ist. — Auf diese Limitation, nicht darauf, ob er einer direkten Obligirung gegen die Geschäftsgläubiger unterliegt, kommt es dem Anlage suchenden Kapitalisten in erster Linie an, daher neigte man dahin, diese juristisch völlig heterogenen Rechtsinstitute wie wirthschaftlich, so auch juristisch von Einem Gesichtspunkte aus zu betrachten; hierbei fiel es aber bald auf, dass der Particeps in den Geschäftsbüchern, besonders auf deren Titel, gar nicht als „Gesellschafter“ genannt wird, — und das mit Recht, denn dahin gehören nur die Geschäftsherren — höchstens als einfacher creditor darin figurirt, Genaueres über seine Stellung nur das Gläubigerkonto oder gar nur die Geheimbücher enthalten, der limitirte gegenseitige Gesellschafter dagegen nicht blos auf dem Titel der Geschäftsbücher als wirklicher Gesellschafter, als condominus negotii aufgeführt, sondern auch in dem Handelsregister, den Oblatorien u. s. w. als solcher genannt wird.[44a]) In Berücksichtigung dessen tauchte dann für den Particeps oder einseitigen Kapitalgesellschafter die Bezeichnung: „geheimer Gesellschafter,“ für den limitirten Gesellschafter der gegenseitigen Gesellschaft die Bezeichnung: „offenbarer, kundbarer, offen da liegender Gesellschafter“ auf.

Den ältesten Fall solcher Bezeichnung finde ich im Bolognesischen Recht. Eine Provision von 1583 [45]) unterscheidet „Compagnia secreta“ und „Compagnia palese“, in beiden sei der betreffende Kapitalgesellschafter sicher, höchstens seine Kapitaleinlage zu verlieren, auch sein sonstiges Vermögen nicht zu gefährden. In der Compagnia palese wollten und glaubten die Bologneser die ihrem Recht bisher unbekannte Comandita zu rezipiren, in Wirklichkeit aber führten sie, da sie den Kommanditisten den Geschäftsgläubigern direkt und solidarisch, wenngleich limitirt haften lassen, die oben genannte, theils illimitirte, theils

---

[44]) S. vorige Note.

[44a]) Vgl. Dec. Rot. Gen. dec. XXXIX 6 und zu Not. 51.

[45]) Abgedruckt in den Provisioni et ordinationi nuovamente fatte al foro de Mercanti nell' anno MDLXXXIII. In Bologna per Allessandro Benacci MDLXXXIII.

limitirte gegenseitige Gesellschaft ein.[46]) Dem entsprechen denn auch die weiteren Bestimmungen,[47]) dass der Kommanditist auf dem Titel der Geschäftsbücher mit seinem Namen, Vornamen, Wohnort genannt, desgleichen die Höhe der Einlage und die Dauer der Comandita angegeben werde, ferner dass dieselben Punkte in ein von dem Handelsgerichtshof zu führendes und seinem Archive zugehörendes Buch (Campione) eingetragen, und von diesem Buche in dem Gerichtslokal eine Abschrift zu Jedermanns Einsicht ausgelegt werde, endlich dass die Firma der Gesellschaft neben den Namen der Komplementare, noch den Zusatz „et Compagni" enthalten dürfe, schliesslich dass der Kommanditist, welcher diesen Vorschriften nicht nachkäme, den Geschäftsgläubigern ebenso obligirt sei, wie ein in der Gesellschaftsfirma speziell benannter Gesellschafter, nemlich illimitirt.[48])

Aus demselben Grunde wie die Kommanditisten nennt diese Bologneser Provision auch die Offenen Gesellschafter des heutigen Rechts „compagni palesi e noti."[49])

---

[46]) Et tenendosi per fermo che in questa Città di Bologna sieno alcune persone, le quali trouandosi denari, volentieri li darebbono in mano d'altri che li hauesse da impiegare in honesti traffici di Mercantia, ò di Arte à Compagnia seco ò secreta ò palese, quando fussero certi di non porre perciò a rischio se non quel tanto che li hauessero dato, e cosi tutte l'altre facultà loro restassero esenti e libere da ogni sinistro caso che accadere potesse in quella tal Compagnia: mà che se ne stanno ritrosi di farlo per non aventurare tutto ciò che hanno de suoi beni, dubitando di non esser compresi dalla dispositione d'uno statuto di questo Foro de Mercanti, doue . . . è statuito, che un Compagno sia insolido obligato per l'altro Compagno. Et volendo Noi per lo desiderio c'habbiamo del commun bene di questa Patria nostra, prouedere intorno à ciò, per quanto all' officio nostro, come statutieri di detto Foro, s'appartiene; ci siamo rissoluti di proporre et ordinare il modo della Comandita, che si usa di fare in altri luoghi che è di dar denari ò robbe palesemente à traffico di Compagnia, senza pericolo di perdere niente piu di quello che vi si sia dato: Et cosi anco chiarire in che maniera si possano dar denari ò altro mobile à Compagnia secreta senza auenturare niente altro che quello che se li dia: Et con questi modi assicurare le dette persone dubbiose, et darle occasione di metter fuori suoi denari ad honesti traffici.

[47]) Diese Provisione weicht in ihren Vorschriften von den sonst üblichen über die Commandita vollständig ab, sie nähert sich der Auffassung des A. d. H.G.B.

[48]) In denselben Fehler, die Commanditgesellschaft mit der theils limitirten gegenseitigen Gesellschaft zu vermischen, verfällt später auch Büsch, Darstellung der Handlung Bd. II Zus. 46.

[49]) Resta hora da palarsi dell'altro modo da Noi proposto, come altri possa dar denari ò altro mobile à Compagnia secreta senza rischio di perdere niente piu di quello che egli hauerà dato, non ostante la dispositione del sopranominato statuto (s. Not. 46), il quale à questo non è contrario, ma intendere si deue, che propriamente parli delli Compagni palesi e noti a colui che li fida, li quali sono specificamente nominati nel nome in che canta la ragione della Compagnia ò almeno nel titolo de libri di essa assolutamente senza alcuna limitatione: essendo che tali Compagni cosi nominati, ragioneuolmente deuono hauersi per obligati insieme insolido et per il tutto secondo che si dice in detto statuto, il che Noi qui dichiarando confermiamo a fauore de Creditori contra ciascuno di tali Compagni, e non solo nella sua propria persona, ma etiamdio in tutti li suoi beni presenti e futuri, che in qualunque luogo si ritrouino. Hiernach ergänze S. 329.

Hinter der Compagnia secreta steckt die oben ausführlich geschilderte Participatio.[50])

Wie aus der in der Note wiedergegebenen Stelle des bologneser Gesetzes erhellt, heisst die einseitige Kapitalgesellschaft oder Participatio nicht deshalb Compagnia secreta, weil sie nicht in die öffentlichen Register eingetragen oder der Particeps weder speziell noch virtuell in der Geschäftsfirma figurirt, sondern besonders deshalb, weil er auf dem Titel der gewöhnlichen Geschäftsbücher gar nicht als Gesellschafter angeführt wird, sondern nur als Gläubiger in den Büchern vorkommt.[51])

c. Des besseren Zusammenhanges halber sei es gestattet, hier zunächst die Bezeichnung der einseitigen Kapitalgesellschaft als „Stille Gesellschaft" weiter zu verfolgen. — Das in seiner Materie sich lediglich rezipirend verhaltende bologneser Gesetz hat den Ausdruck Compagnia secreta zweifellos nicht selber neu geschaffen, sondern als anderwärts im praktischen Leben bereits üblichen nur beibehalten. Ebendort, im Gegensatz zu Literatur und Gesetzgebung, hat er sich offenbar auch forterhalten. Im Anfange des achtzehnten Jahrhunderts findet sich in der österreichischen Gesetzgebung und Literatur[52]) der dem „Compagnia secreta" genau entsprechende Ausdruck „geheime Gesellschaft".[53])

Die **Ordnung wider die Falliten und Decoctoren** vom 18. August 1734[54]), veranlasst durch zahlreiche Bankrotte, bestimmt „zur künftigen Verhütung der Fallimenten":

---

[50]) Parlando qui adunque delle dette Compagnie secrete, statuimo et ordiniamo, che chiunque vorrà dar suo mobile ad alcuno à Compagnia tale, debba farlo senza essere in alcuna maniera nominato. non solo nel nome publico nel quale canti quella ragione, ma ne anco nel titolo de libri di essa: ma solamente possa et debba esser nominato priuatamente nella scrittura che in detti libri di quella Compagnia vogliamo si faccia con farlo Creditore in conto à parte, per suo capitale in quella quantità, che da lui sarà posta per Capitale: et seruandosi questo modo, il datore non starà à rischio che del suo sia obligato à Creditori se non quel tanto che da lui sarà dato e posto per suo Capitale.

[51]) Hier greift nun auch die oben S. 328 gegebene Erklärung der Bezeichnung „Stille Gesellschaft" ein.

[52]) Der enge Zusammenhang Oesterreichs mit Italien ist hierauf sicherlich nicht ohne Einfluss gewesen. Die hier in Betracht kommenden Gesetze zeigen auch engste Uebereinstimmung mit der oben geschilderten Auffassung des Gesellschaftswesens.

[53]) Schon früher finden sich ähnliche aber nicht in dieser Weise zu deutende Wendungen, z. B. in Marquard De jure mercatorum et commerciorum singulari (Frankfurt a. M. 1662) lib. II cp. XI Nr. 26 und D. Koch De jure mercatorio (Nürnberg 1666) § LXXIV: „Ist auch gar gemein inter mercatores, dass etzliche sich blos mit Worten, davon keinerlei als sie unter sich Nachrichtung wissen, einlassen, auch keine ordentliche Mascopei Bücher davonhalten, besondern gleichsam in einer geheimten societet sich vereinbaren. S. Stryk, De cautelis contractuum sect. II cp. X § XVII „socius clandestinus". Hier liegt eine gegenseitige, Dritten nicht bekannte, dort eine Gelegenheitsgesellschaft vor.

[54]) Abgedruckt in Paurnfeindt, Handbuch der Handelsgesetze und des bei Anwendung derselben bei den Merkantilgerichten eintretenden Verfahrens mit besonderer Rücksicht auf das Erzherzogthum Oesterreich unter der Enns. (Wien 1836) S. 317 ff.

Abtheilung I pr.: „Dass keiner zum Wechsler oder Handelsmann aufgenommen werde, welcher nicht in der Handelschaft wohl erfahren und mit eigenen Mitteln oder realen Fundo eines wirklich vorhandenen Einlagekapitals (genau nach Ort und Geschäftszweig auf 2000—60,000 fl.[55]) festgesetzt) versehen sei, dergestalt, dass die eigenen Mittel oder realer Fundus gleichwohl das Drittel betrage, die übrigen zwei dritte Theile mögen zwar durch Darleiher oder Sozios eingelegt werden.

Das Gesetz unterscheidet dann zwei Arten von Gesellschaftern: „öffentliche oder aperti socii" und „heimliche oder particulares socii". Erstere werden beim Merkantil- oder Wechselgericht (Handelsregister), auch in den Oblatoriis ausdrücklich benannt, ein so anderes allda protokollirt und die Raggion (Firma) mit Ausdrückung des Socii Namens oder doch mit beständiger Zusetzung der Worte: „und Compagnie" geführt; sie haften den Gesellschaftsgläubigern direkt illimitirt und solidarisch (I 4—7). Von Letzteren heisst es:

I 8 betreffend die heimlichen Socios, welche bei einer Handelschaft keinen Namen, aber dabei einen Antheil haben, sind zwar auch dieselben qua tales oder als Mitinteressirte bei dem Merkantilgerichte namhaft zu machen und mit ihrem Einlagekapital item wegen des Gewinnes und Verlustes, auch wegen der Zeit der fürwähren sollenden Compagnie und der übrigen zwischen ihnen zu machenden Conventionen zn protokolliren, werden aber in der That als socii particulares angesehen, derentwillen auch derselben Namen weder ausdrücklich noch unter dem Namen Kompagnie bei der Raggion geführt wird. Es sind auch

9 diese Socii particulares mit dem Quanto ihres eingelegten Fundi, oder nach Inhalt und Beschaffenheit des bei dem Merkantilgerichte protokollirten Sozietätskontraktes einen gewissen Antheil des sich äussernden Verlustes zu tragen, mithin um den übrigen Abgang in solidum zu stehen nicht schuldig; sie müssen aber auch ihr Kapital bis zur ordentlichen, bei dem Merkantilgerichte geschehenen Aufhebung der Societät allda liegen lassen, und sind nicht befugt, sub quocunque Praetextu auch nur einen Theil davon herauszunehmen, ausser es wurde bei gedachtem Merkantilgericht anstatt des Austretenden ein Anderer substituirt, oder von dem Negotianten selbst der genugsame Fundus nachgewiesen.

Dieses Hingeben oder Einlegen zu Gewinn und Verlust nennt das Gesetz auch „Darleihen" zu Gewinn und Verlust. Spätere österreichische Gesetze brauchen statt „heimlicher Gesellschafter oder Gesellschaft" die Ausdrücke „socii taciti", socii occulti",[56]) „geheimes Mitglied einer Handelsgesell-

[55]) Details Paurnfeindt S. 8 ff. u. 167 ff. u. Sonnleithner, Lehrbuch des österreichischen Handels- und Wechselrechtes (Wien 1820) S. 63 ff.

[56]) Handels- und Falliten-Ordnung für Triest und das Littorale von 1758. Auszug davon in Leuchs, Vollständiges Handelsrecht (Nürnberg 1822) S. 334 f. Die Wechselordnung für Galizien von 1775 Art. VIII, lediglich eine lateinische Uebersetzung der österreichischen Wechselordnung von 1763, übersetzt deren „heimlicher Socius" mit socius occultus; abgedruckt in J. K. Meissner, Codex der europäischen Wechselrechte Bd. I S. 11 u. Bd. II S. 486 u. 487. Die mit diesen Wechselordnungen fast

schaft".[57]) Aus dem „tacitus" ist dann seit dem Ende des vorigen Jahrhunderts ein „still" oder gar ein „stillschweigend" geworden.[58]) Das „Still"

---

völlig übereinstimmende Wechselordnung der Stadt Wien (aus der Zeit von 1711—1716), abgedruckt in: Der in allen Vorfällen vorsichtige Banquier von E. B. A. (Frankfurt u. Leipzig 1733) Bd. II S. 515 ff. Art. VIII kennt den Ausdruck noch nicht. Den Ausdruck occulta wendet bezüglich der participatio auch schon Ioan Baptistia Cardinalis de Luca († 1683) an. (Vgl. Goldschmidt, Handbuch I, 37, Endemann, Studien I 53, und oben S. 20). De credito disc. 89 Nr. 7: „Quodque admissio dicti marchionis ad illud particulare negotium tam pro subministratione pecuniae, quam pro ejus protectione importasset simplicem participationem, non autem societatem, cum ipse nunquam proprium nomen accomodasset, minusque in negotii administratione se ingessisset; quinimo etiam hujusmodi participationem occultam esse optasset, ut consuetudo est nobilium et qualificatorum virorum, qui pecunia effluentes, ita sub negotiationibus quae ab aliis exercentur, ad aliquod lucrum eos tenere curant, absque eo quod formalem societatem contrahant.

[57]) A. O.B.G.B. § 1024: Die geheimen Mitglieder einer Handelsgesellschaft, solche nemlich, welche ihr einen Theil des Fonds auf Gewinn und Verlust dargeliehen haben, aber nicht als Mitglieder angekündigt worden sind, haften in keinem Falle mit mehr als mit dem dargeliehenen Kapitale.

[58]) Schedel, Handbuch der kaufmännischen Jurisprudenz (Leipzig 1793—1795) S. 201 ff.: Zusätze zur Wiener Wechselordnung von 1763, Zus. zu Art. VIII Nr. 3: „heimliche oder Stille Gesellschaft". G. F. v. Martens, Grundriss des Handelsrechts (1798) § 22. „Stiller Gesellschafter". Kind, Quaestiones forenses (Ed. II 1807) T. IV cp. XVII S. 97: „Stiller seu heimlicher Gesellschafter." Veillodter, Entwurf eines allgemeinen Handelsrechts (I. Aufl. 1799 II, 1803) § 36 ff. und Schweitzer, De firma mercatorum (1803) S. 15 „Stiller Associirter". Sonnleithner (1820) a. a. O. S. 112 f. „Stillschweigende Gesellschaft", Mittermaier, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts 1821. (3. Aufl. 1827 § 502) „Stille, Vertraute Gesellschaft, Gesellschafter, socius". Leuchs (1822) a. a. O. S. 329 „Stille Gesellschaft". Bender, Grundsätze des engeren Handlungsrechts (1824. § 153 „Gesellschaft unter einem Namen", „Stiller Gesellschafter". Pöhls Darstellung des gemeinen Deutschen und des Hamburgischen Handelsrechts (1828) Bd. I S. 222. „Stiller Compagnon". Noback, Der Handel in Compagnie (1829) § 6 u. 8 „Stille Gesellschaft," „Gemächlichkeitsgesellschaft", „Gesellschaft mittelst Geldeinzahlung", „Gesellschaft unter einem Namen", Stiller Gesellschafter", „Stiller Compagnon". Frey in Elvers Themis Bd. II (1830) S. 373 ff. „Stille Gesellschaft". Dunze ebendaselbst, Neue Folge Bd. I (1838) „Stille Gesellschaft." Gaudlitz, De juribus et obligationibus sociorum societatis particularis imprimis mercatoriae erga extraneos etc. (Lipsiae 1834) S. 14 „Stiller, geheimer Gesellschafter". Sintenis, De societate quaestuaria (Lipsiae 1837) S. 10 „Stille Gesellschaft", „Stiller Gesellschafter". Miruss, Die preussische Handelsgesetzgebung (I. Ausg. 1833, II. 1838) § 265 „Stiller Gesellschafter". „Kux, Kurze Darstellung des preussischen Handelsrechts (1839) § 14 „Stiller Gesellschafter". Entwurf eines Handelsgesetzbuches für das Königreich Würtemberg mit Motiven (1839 u. 40) Art. 232 ff. u. Motive dazu. „Stille (vertraute) Handelsgesellschaft, und Gesellschafter". Thöl, Das Handelsrecht (I 1841 II. Aufl. 1847) § 40 „Stille, Vertraute Gesellschaft". Brakenhöft in Weiske's Rechtslexikon Bd. V (1844) s. v. Handel „Stille, Vertraute Gesellschaft", st. Gesellschafter. Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht (V. Aufl. 1845) § 387 „Stille Gesellschaft". Reyscher, Das gemeine und würtembergische Privatrecht (1837—48) Bd. III S. 408 „Stille Gesellschaft Gesellschaft unter Einem Namen". Gerber, System des deutschen Privatrechts 1848

in der Verbindung „Stiller Gesellschafter, Stille Gesellschaft" hat dann auch das preussische A. L.R. aufgenommen (II 8 § 651).

d. Seit der Publikation des preussischen A. L.R. und später werden neben den bisher genannten Bezeichnungen als vermeintlich gleichbedeutende die dem französischen Recht entnommenen Ausdrücke société en commandite, Kommanditgesellschaft, Kommanditengesellschaft, associé en commandite, Kommanditist gebraucht.[59]) Die Anfänge dazu reichen jedoch mehr denn ein Jahrhundert weiter zurück. Mangels eines aufgezeichneten einheimischen Handelsrechts hielten die deutsche Rechtsliteratur und Gerichtspraxis sich urtheilslos daran, was das vorgeschrittenere Ausland ihnen bot; was sie dort fanden, sahen sie für ohne Weiteres auch in Deutschland anwendbar an. So verwertheten sie zuerst die Literatur und den Gerichtsgebrauch Italiens und später mit Vorliebe auch Frankreichs. Dieser französische Einfluss datirt seit den Tagen von Ludwig XIV., Colbert und Savary.[60]) Die Ordonnance du commerce von 1673 und Savary's Werke[61]) fanden in Deutschland sehr bald nach ihrem Erscheinen Beachtung, namentlich auch bezüglich der unsichern und kontroversenreichen Societätslehre; bereits das Jahr 1676 sah eine anonyme deutsche Uebersetzung der 1675 erschienenen Ausgabe des Le parfait negociant,[62]) und das Jahr 1709 einen deutschen Auszug der Pareres.[63])

---

§ 196 „Stille Gesellschaft". Hillebrand, Lehrbuch des gemeinen deutschen Privatrechts (1849) S. 379 „Stille, Vertraute Gesellschaft o. Gesellschafter". Zeitschr. f. Handelsr. v. Gelbke Heft III (1853) S. 198 ff. „Stille Gesellschaft o. Gesellschafter, Associé." Gengler, Lehrbuch des deutschen Privatrechts (1854) § 111 „Stille, Vertraute Gesellschaft o. Gesellschafter" (verschwiegene Genossen). Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts Bd. III 1855 § 222. „Stille Handelsgesellschaft, Stiller, Vertrauter Gesellschafter". Walter, System des gemeinen deutschen Privatrechts (1855) § 295 „Stille Gesellschaft, Gesellschafter". F. Fischer, Lehrbuch des österreichischen Handelsrechts, herausgegeben von Ellinger. (3. Aufl. 1847, 3. Abdruck 1856) § 98 ff. „Geheime, Stille Gesellschaft". Ferd. Fischer, Preussens kaufmännisches Recht (1856) § 415 u. 606 ff. „Stille, Vertraute Gesellschaft". Brinckmann, Lehrbuch des Handelsrechts (1853—65) § 54 „Stille Gesellschaft o. Gesellschafter".

[59]) Vgl. die in der vorigen Note zitirten Schriftsteller und das Preuss. A. L.R. selbst a. a. O.

[60]) S. Lastig, Entwickelungswege und Quellen des Handelsrechts S. 6.

[61]) Jacques Savary (1622—1690). Le parfait négociant (I. Ed. ? II. Ed. 1669, III. Ed. bedeutend erweitert und deshalb auch als Erste Ausgabe bezeichnet 1675. IV 1679, eine neunte (VII) Ed. erschien 1713, eine andere 1777; die letzte An. VIII. Pareres ou Avis et Conseils sur les plus importantes matières du Commerce Ed. I 1688, letzte Ed. An. VIII.

[62]) Jacob Savary, Der vollkommene Kauf- und Handelsmann, Genf, Widerhold 1676. Auch Italienische, Holländische und Englische Uebersetzungen existiren.

[63]) P. J. Marperger, Zulänglicher Vorrath unterschiedlicher von denen berühmtesten Universitäten und Handels-Plätzen über allerhand die Kauffmannschafft betreffende Vorfälle eingeholten Responsorum und Kauffmännischer Pareres Insonderheit des berühmten Französischen Commercienraths Savary, in Foro Mercantili längst verlangte Pareres. Hamburg 1709.

Wesentlich mit durch die Vermittelung dieses letzten Werkes zog die französische société en commandite in Deutschland ein, wenigstens nimmt ein Theil der nachfolgenden Schriftsteller des laufenden Jahrhunderts lediglich auf Marperger Bezug, einige zeigen allerdings auch eine direkte Benutzung des Originals. Vorläufig wurden nur Klassifikation, Terminologie und Definitionen aus dem französischen Recht aufgenommen.[64]) Die Definition pflegt, namentlich gegen Ende des vorigen Jahrhunderts dahin zu lauten: die société en commandite sei eine Gesellschaft, in welcher der eine Gesellschafter Kapital einwerfe, der andere Arbeit, indem er das Geschäft führe und zwar unter seinem alleinigen Namen.[65]) So definirte die Rechtswissenschaft auch das in Deutschland längst bekannte Einlegen von Geld zu Gewinn und Verlust. Einen technischen Namen besass das deutsche Recht für diesen socius pecuniae nicht, erst das preussische A. L.R. bringt den aus dem österreichischen Recht herübergenommenen Ausdruck „Stiller Gesellschafter" zu allgemeiner Anerkennung; gleichzeitig aber nennt es, gestützt auf die vorhin zitirte deutsche Literatur den Stillen Gesellschafter auch associé en commandite.[66])

Lassen die früheren Werke, die diesen Terminus aus dem französischen Recht bei uns einführten, zwar vermuthen, dass auch sie dies Einlegen von Geld zu Gewinn und Verlust mit der société en commandite identifiziren, so hat doch das preussische A. L.R. solcher Auffassung zum ersten Male klaren Ausdruck gegeben. Seitdem erst spricht man in Deutschland von der Stillen Gesellschaft oder société en commandite, bzw. Kommanditgesellschaft.

Von dem geschilderten Standpunkte der damaligen Zeit aus darf man das Verfahren des preussischen A. L.R. wenn auch nicht gerechtfertigt, so doch erklärlich finden; inhaltlich kennt das A. L.R. nur die einseitige Kapitalgesellschaft, die Stille Gesellschaft. Dasselbe gilt auch von den Schriftstellern der nächsten Zeit, obwohl sie in ihren Ansichten über die juristische Konstruktion der société en commandite oder Stillen Gesellschaft sehr auseinandergehen. Schweitzer[67]) spricht ihr den Karakter der wirklichen — nämlich der gegen-

---

[64]) Marperger a. a. O. Par. XXI, XXIII, LII, LXV, LXVI S. 204 ff. Beier a. a. O. (1722 s. oben S. 704) s. v. complementarius. Engau-Tank, De societate mercatoria. Jen. 1747 § X. — Fischer, Lehrbegriff sämmtlicher Kameral- und Polizeirechte Bd. III (1785) § 297. Lobethan, Grundsätze des Handlungsrechts (1795) § 38. Musäus, Anfangsgründe des Handlungs- und Wechselrechts I. Aufl. 1785, II. 1799 § 28. Martens a. a. O. Ludovici, Neu eröffnete Akademie der Kaufleute oder encyklopädisches Kaufmannslexikon, neu umgearbeitet von Schedel (1798) s. v. Compagniehandlung u. Commandite u. Complementirer. Preuss. A. L.R. a. a. O. Martens a. a. O., Schweitzer a. a. O., Kind a. a. O. Dazu noch: Motz, De socii mercatorii defuncti heredibus ex facto socii superstitis obligatis (Heidelberg 1816) S. 23.

[65]) Eine genauere Darstellung der société en commandite hat in dieser Zeit nur Schedel a. a. O. S. 84 ff. gegeben u. z. unter Benutzung französischer Quellen.

[66]) Viel richtiger hätte man für die Stille Gesellschaft die Grundsätze der Association en participation, die Fortsetzung der alten participatio herangezogen. Vgl. hierüber unten § 143.

[67]) Schweitzer a. a. O. S. 13 ff.

seitigen — Sozietät ab, erklärt den Associé en commandite (Stillen Assoziirten) für einen blosen Gläubiger des Geschäftsinhabers. Büsch[68]) dagegen, der erste, der eine ausführlichere, freilich verworrene und verfehlte Darstellung dieses Institutes gibt, nimmt eine wirkliche (gegenseitige) Gesellschaft an mit limitirter Haft der Kapitaleinleger, denen er den seitdem allgemein rezipirten Namen „Kommanditisten“ gibt; die Limitation tritt nach seiner Ansicht nur ein, wenn bei Errichtung der Kommandite kundbar gemacht wurde, dass „das Kapital der Handlung von einem Freunde derselben durch den Einschluss von . . . Thlrn. unter den Bedingungen einer Kommandite gestiftet oder vergrössert worden, und wer der Kommanditist ist“. — Wir begegnen hier also wiederum der Idee einer echten (gegenseitigen) Handelsgesellschaft mit theils illimitirter, theils limitirter Haft; oben knüpfte sie an die Offene Gesellschaft an, hier an die Kommandite oder Stille Gesellschaft.[69])

Mit dem Augenblick der Publikation des Code de commerce von 1808 ändert sich der eben geschilderte Stand der Sache. Das Gewicht des Code de commerce und seiner Literatur macht sich geltend, Deutschland beginnt, nachdem es einmal den Namen rezipirt hat, nun auch die einzelnen Rechtsnormen, den Inhalt der société en commandite aufzunehmen. Es entsteht in Deutschland ein Ringen zwischen der einseitigen Kapitalgesellschaft oder der Stillen Gesellschaft und der modernen société en commandite des französischen Rechts, welches erst das A. d. H.G.B. dem Abschluss entgegenführte.

e. Wie heterogene Rechtsinstitute die société en commandite und die Participatio oder Stille Gesellschaft ursprünglich sind, wurde bereits oben angedeutet,[70]) desgleichen, dass die société en commandite allerdings auch dem kleineren Kapitalisten als Form dienen konnte, sein Geld bei einem bereits etablirten grösseren Kaufmann fruchtbar anzulegen, in ihrer wirthschaftlichen Funktion also die Participatio zu vertreten fähig war.[71]) Es sei hier ausdrücklich darauf verwiesen. — Den dort beschriebenen Karakter zeigt die société en commandite auch noch bei Savary. Ende des 18. Jahrhunderts soll sie, ganz dem entsprechend, dass der Komplementar im Dienste des oder der Kommanditisten steht, um mit ihrem Kapital auf ihre Rechnung aber unter seinem Namen gegen Antheil am Gewinn (Tantième, eventuell neben festem Gehalt) Handelsgeschäfte zu betreiben, regelmässig auf Aktien errichtet gewesen sein.[72]) Ein einzelner Privatmann legte eben nicht mehr so grosse Summen im Handel an, um sich einen eigenen Komplementar nehmen zu können, aber er tritt mit kleineren Beiträgen einem Verein bei, der sein Geld in comanda gibt. Die einfache société en commandite, weil nicht mehr so häufig wie früher,

---

[68]) Büsch, Theoretisch-praktische Darstellung der Handlung. III. Aufl. 1808 Bd. II Zus. 46. In der ersten Auflage (1792—1800) erwähnt er die Kommandite noch gar nicht.

[69]) S. oben S. 718 ff.

[70]) S. oben § 77 u. S. 314 und die daselbst zitirten Ausführungen.

[71]) S. Lastig, Beiträge in Goldschmidt's Zeitschr. Bd. XXIV S. 423 f.

[72]) Locré, Esprit du code de commerce T. I (1811) S. 125.

wurde seitdem nicht mehr in der früheren Reinheit aufgefasst. Was die Savarys ja zum Theil noch Pothier[73]) stets in nachdrücklichster Weise betonen, dass der Kommanditist der eigentliche Herr des Geschäfts sei, aber der Komplementar es in seinem alleinigen Namen betreibe und deshalb den Geschäftsgläubigern gegenüber auch der einzige Berechtigte und Verpflichtete sei, schwindet fast völlig aus dem Gedächtniss. Einen treffenden Ausdruck findet dieser Umschwung darin, dass der Code de commerce, den „in einigen Orten" eingeschlichenen Missbrauch sanktionirend, vorschreibt, die société en commandite solle stets, selbst wenn sie nur aus einem Komplementar und einem Kommanditisten bestehe, eine Gesellschaftsfirma führen, nur dürfe diese nicht den Namen des Kommanditisten enthalten. Bemerkenswerther Weise bemühten die Verfasser des Code de commerce sich mehr, die société en commandite von der société anonyme oder Aktiengesellschaft, als von der société en nom collectif oder Offenen Handelsgesellschaft zu unterscheiden.[74]) In solchem Streben befangen näherte man sie unwillkürlich der letzteren; kein Wunder, dass einige Juristen, auf dem eingeschlagenen Wege fortgehend, sehr bald die weiteren Konsequenzen zogen, so vornehmlich, den Kommanditisten für den Geschäftsgläubiger direkt verpflichet zu erklären, was andere freilich mit Recht leugneten.

Die so durch dogmatische Irrthümer verunstaltete société en commandite war es, welche den deutschen Juristen entgegentrat, als sie, in dem Bemühen die heimische Stille oder Kommanditengesellschaft genauer kennen zu lernen und darzustellen, durch den französischen Namen verleitet Auskunft in dem modernen französischen Recht suchten.

§ 139.

2. Die weitere Entwickelung in Deutschland.

I. Ein Ueberblick über die einschlägige deutsche Rechtsliteratur lässt drei Richtungen erkennen; die erste, der Kürze halber sei sie die „deutsche" genannt, bringt mehr die alte Participatio, das Einlegen von Geld zu Gewinn und Verlust oder die alte deutsche Stille Gesellschaft zur Darstellung, die zweite, die „französische", mehr die société en commandite des neuen französischen Rechts, die dritte konstruirt das Rechtsinstitut als eine theils illimitirte, theils limitirte Offene Handelsgesellschaft.

Bei der Sonderung dieser drei Richtungen darf man freilich nicht lediglich äusserlich darauf achten, welche Quellen der einzelne Schriftsteller benutzt oder zitirt, denn alle ziehen sie französische Autoren und Gesetze heran.

1. Das Hauptmerkmal jener **deutschen** Richtung darf man darin finden, dass der Komplementar Eigenthümer der Einlage des Stillen Gesellschafters ist, das Geschäft unter seinem alleinigen Namen betreibt, und folgeweise aus allen Geschäftshandlungen allein berechtigt und verpflichtet wird, während der Stille

---

[73]) S. oben S. 725 Not. 61 ff. und Pothier Traité du contrat de société ed. Hutteau 1807 S. 41 § 60.

[74]) Code de com. Art. 25 u. Locré a. a. O. S. 123 f.

Gesellschafter oder Kommanditist mit den Geschäftsgläubigern oder Schuldnern in gar keinem Konnex steht. Der juristischen Konstruktion nach erklären die Meisten das Institut zwar für eine „wahre Gesellschaft", wie die Offene Handelsgesellschaft, gewinnen es aber doch nicht über sich, angesichts der bestehenden Rechtsnormen die vollen Konsequenzen davon zu ziehen. Einige von ihnen schwächen daher lieber den konkreten Gesellschaftsbegriff, sagen die St. G. sei eine wirkliche Gesellschaft, aber nur eine Gesellschaft nach innen, die nicht nach aussen hin auftrete, keine Gesellschaftsfirma habe.[1]) Andere sprechen der Stillen Gesellschaft den Karakter der Gesellschaft gänzlich ab, nennen sie ein gewöhnliches Gläubigerverhältniss.[2])

2. Die **französische** Richtung schliesst sich eng an den Code de commerce und dessen Literatur an;[3]) sie sieht mit einem Theil der letzteren in der Stillen oder Kommanditgesellschaft eine eben solche Handelsgesellschaft wie die Offene Handelsgesellschaft und legt ihr auch eine Gesellschaftsfirma bei. Die konsequenten Vertreter nehmen ferner eine direkte Haft des Kommanditisten gegen die Geschäftsgläubiger an. Die Kommanditgesellschaft wird hier wieder zu einer blosen Modifikation der Offenen Handelsgesellschaft.

3. Im französischen Recht macht es keinen essentiellen Unterschied, ob die société en commandite publizirt ist oder nicht, aber einige deutsche Autoren, zwischen die Stille Gesellschaft ohne und die société en commandite mit direkter äusserer Haft des Stillen Gesellschafters bzw. Kommanditisten gestellt, nehmen direkte Haft nur an, wenn das Gesellschaftsverhältniss publizirt worden ist.

Mit dieser nicht berechtigten Auffassung kreuzt sich eine in ihrem Ursprunge von dem französischen Recht völlig unabhängige ihm aber doch verwandte, rein deutsche, **dritte Richtung.** Sie behauptet, die Stille Gesellschaft sei eine wirkliche Handelsgesellschaft, genau wie die Offene Handelsgesellschaft, und unterscheide sich von letzterer nur dadurch, dass sie Dritten nicht bekannt sei;

---

[1]) Leuchs a. a. O., Bender a. a. O., Mittermaier a. a. O. (1827, 1830) § 502, Dunze a. a. O. S. 67, Eichhorn a. a. O., Thöl a. a. O. (1841) § 40 ff. In § 42 lässt Thöl zwar eine Gesellschaftsfirma zu, ja sogar dass der Name des St. Gesellschafters in der Firma existirt, aber er legt dem gar keine Wirkungen bei, fügt in Not. 2 überdies hinzu: „das Regelmässige sei, dass der Komplementar nicht in des Kommanditisten Namen, sondern in seinem Namen kontrahirt. Gengler a. a. O., Beseler (1855) a. a. O., Walter a. a. O. nimmt eine ähnliche Stellung wie Thöl ein. Einen etwas andern Standpunkt nimmt Steiner, De societate en commandite (Monachi 1852) ein, doch gehört auch er noch hierher. Vgl. noch Bueller, Dissertatio, qua quaeritur, quae et quanta sit obligatio contrahentium societatem, quae vocatur en commandite (Götting. 1837).

[2]) Schweitzer a. a. O., Frey a. a. O., Gaudlitz a. a. O., Brakenhoeft a. a. O., Treltschke a. a. O. § 9, 9b, 29b, 48, 62b, 102, 103.

[3]) Aus der Zeit vor dem Cod. d. c. s. Schedel a. a. O., dann Heise a. a. O., Dceck, Geschichte, Alterthümer und Institutionen des deutschen Privatrechts (1826) § 446 und Miruss a. a. O. gehören wenigstens insofern hierher, als sie lediglich französisches Recht reproduziren. Schiebe, Die Lehre von den Handelsgesellschaften nach französischen Quellen (1841). Vgl. über dieses Werk Thöl a. a. O. § 87 S. 301. — Goldschmidt, De societate en commandite (1851), Gelpke in s. Zeitschr. f. Handelsr. Heft 2 (1852) S. 13 f. u. 45.

werde sie nun Dritten offenbart, so falle der Unterschied, und jedes Mitglied hafte den Geschäftsgläubigern direkt, und zwar in dubio illimitirt,[4]) nur wenn bei der Bekanntmachung die Beschränkung in der Kapitalbetheiligung einiger Mitglieder speziell hervorgehoben wäre, hafteten diese lediglich limitirt.[5]) Hier begegnen wir also wieder der oben bereits mehrfach beobachteten Theorie.

Wer die Arbeiten der hier (unter 1—3) zitirten Autoren durchsieht, wird finden, dass fast keiner von ihnen eine der drei vorhin gezeichneten Richtungen ganz in voller Reinheit zur Darstellung bringt; die Erklärung liegt auf der Hand, sie hielten die Stille Gesellschaft und die société en commandite irrthümlich für ein und dasselbe Rechtsinstitut.

II. Während in der Rechtsliteratur die Tendenz vorherrscht, die Stille oder Kommanditgesellschaft im Sinne der alten Participatio oder einseitigen Kapitalgesellschaft aufzufassen, neigt die Gesetzgebung sich ausnahmslos der französischen und der mit ihr theilweise zusammentreffenden vorhin genannten dritten Richtung zu.[6]) Wie die vergeblichen Entwürfe eines Handelsgesetzbuches für das Königreich Würtemberg von 1839[7]) und eines allgemeinen Handelsgesetzbuches für Deutschland von 1849,[8]) so zeigt auch der Entwurf eines Handelsgesetzbuches für die preussischen Staaten von 1857[9]) und der revidirte Entwurf eines österreichischen Handelsrechtes[10]) diese Tendenz. Nicht ohne Einfluss scheint hierfür der Umstand gewesen zu sein, dass in Deutschland nach dem Vorbilde von Frankreich neben der einfachen Stillen oder Kommanditgesellschaft nun auch die bisher hier nicht existirende société en commandite

---

[4]) Vgl. hierzu den sleeping oder dormant partner des englischen Rechts, s. Z. f. H.R. X S. 125; und die société en participation des belgischen Rechts; s. Sachs in Z. f. H.R. Bd. XXI 190 ff.

[5]) Vgl. hierzu Heise a. a. O., Thöl a. a. O. § 98. Morstadt, Commentar über das Handelsrecht Deutschlands und Frankreichs (zu dem Grundriss von Martens) 1849 § 22 C. Brinckmann a. a. O. § 55. Neues Archiv für Handelsrecht v. Voigt, Heinemann u. Weber Bd. II Abs. 18 „Die Stille Gesellschaft", und die im Anfang dazu abgedruckten Erkenntnisse.

[6]) Es stimmt dies vollständig damit, dass die Uebersetzer des Code de commerce das société en commandite durch „Stille Gesellschaft", „Vertraute Gesellschaft" wiedergeben, s. Napoleons I. Handelsgesetzbuch, herausgegeben von Erhard (1800) Art. 19 u 23 ff. u. Einleitung S. X, Landrecht des Grossherzogthums Baden nebst Handelsgesetzen (1809) Art. 19 u. 23 ff.

[7]) Entwurf nebst Motiven (von Hofacker) Art. 232—242 u. S. 208—216 „Von der Stillen Handelsgesellschaft".

[8]) Ausgearbeitet von der durch das Reichsministerium der Justiz niedergesetzten Kommission. Art. 61—72 „Von Kommanditen-Gesellschaften u. S. 124—131. Vgl. dazu die Bemerkungen von Brinckmann im Archiv für civilist. Praxis Bd. XXXIV S. 151 ff.

[9]) Einleitung S. VIII Art. 144—177 und Motive dazu S. 76—89.

[10]) S. Beilageband zu den Protokollen der Nürnberger Kommission § 78 ff. Der ministerielle Entwurf (über beide vgl. Protokolle S. 160 Anm.) reproduzirt hier fast nur das alte österreichische Recht, gibt also die Stille Gesellschaft im Sinne der Participatio § 79 ff. Selbst äusserlich tritt dieser Gegensatz der beiden Entwürfe hervor: Der ministerielle Entwurf spricht von „Stiller Gesellschaft," der revidirte bereits von Kommanditgesellschaft".

par actions in Uebung kommt und die Gesetzgebung dem Rechnung zu tragen strebt. Diese Abart der einfachen société en commandite, ein Zwischengebilde von Aktiengesellschaft und reiner société en commandite, auf die Stille Gesellschaft im Sinne der Participatio zurückzuführen war unmöglich; wollte man auch sie noch als eine zweite Art der Stillen oder Kommanditgesellschaft in das Gesetz aufnehmen, dann musste man nothwendig der französischen Richtung folgen.

III. Die bisher beobachteten Richtungen, Tendenzen und Auffassungen stiessen nun bei den Verhandlungen der Nürnberger Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, da es galt einen Allen gerecht werdenden, Alle befriedigenden Entwurf herzustellen, hart auf einander. Der preussische Entwurf, die Grundlage für alle Berathungen, gab lediglich eine detaillirte Nachbildung des modernen französischen Rechts,[11]) fand aber bei der Kommission damit wenig Anklang; die erste Lesung zeigte das Streben, möglichst die deutsche Stille Gesellschaft wiederherzustellen, sie strich gerade die wesentlichsten Stützen des preussischen Entwurfes, z. B. die Schriftlichkeit und Eintragung (Art. 145 und 146), die Rückzahlbarkeit der Einlagen (Art. 155), die Ausschliessung des Stillen Gesellschafters von jeder Geschäftsthätigkeit (Art. 149), die juristische Persönlichkeit der Gesellschaft u. s. w. Etwas Brauchbares ging daraus nicht hervor, denn die übrig gebliebenen Bestimmungen, lediglich Konsequenzen der gestrichenen, hatten den Zusammenhang verloren. Aber gerade die Divergenz des preussischen Entwurfes und der Kommission führte, da letztere, das Unvollkommene des Resultats erster Lesung einsehend, einer Redaktionskommission den verstümmelten preussischen Entwurf „zur Ueberarbeitung nach Maassgabe der gefassten Beschlüsse[12]) überwies, auf den richtigen Weg, nemlich auf die vollständige Sonderung der Stillen Gesellschaft und der Kommanditgesellschaft. Die Redaktionskommission stellte zunächst den preussischen Entwurf mit einigen seiner eigenen Tendenz angemessenen Aenderungen wieder her. In ihrer Rechtfertigung heisst es:[13]) „Der preussische Entwurf beabsichtige in seiner „Stillen Handelsgesellschaft“ eine Gesellschaft mit gemeinsamem Handlungsfond und gemeinsamer Firma zu schaffen, und zwar im Gegensatz zur alten in Deutschland üblichen Stillen Gesellschaft, in welcher der Komplementar alleiniger Eigenthümer der Handlung sei, der Stille Gesellschafter nur in einem modifizirten Gläubigerverhältniss stehe; deshalb habe er sich im Wesentlichen dem französischen System angeschlossen und fordere Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister u. s. w., hieran sei festzuhalten, wenn nicht der ganze Entwurf fallen solle. Um jedoch, da die alte Stille Gesellschaft noch in vielen Theilen Deutschlands gebräuchlich sei, und den Konferenzstimmen, welche diese wünschten, ebenfalls gerecht zu werden, schlage sie vor, neben die neue Stille Gesellschaft, d. h. in Wirklichkeit die moderne société en commandite, auch die alte, —

[11]) Preuss. Entw. Art. 144—155. Von der Stillen Handelsgesellschaft im Allgemeinen, Art. 156—177. Von der Stillen Handelsgesellschaft auf Aktien insbesondere.

[12]) Protokolle S. 309.

[13]) Protokolle S. 1031 ff.

die Participatio — in das Gesetzbuch aufzunehmen. Allein die letztere beizubehalten wäre falsch, da die erstere für den Handel ungleich bedeutender sei, und deshalb die Hauptthätigkeit der Konferenz verdiene." Immer noch hielt man die deutsche Stille Gesellschaft und die französische Kommanditgesellschaft für dasselbe Rechtsinstitut; nur so war es möglich, dass ein desbezüglich gestellter Antrag wähnen konnte, jenem Vorschlage Genüge zu leisten, wenn der Redaktionsentwurf nach Präzisirung der Definition in Art. 145 und Streichung des Art. 147 als gemeinsames Recht für die alte und die neue Stille Gesellschaft festgehalten werde, und ein Anhangsparagraph (160a) den ganzen Unterschied der ersteren in folgende Worte zusammenfasse: „Betheiligt sich Jemand an dem Handelsgewerbe eines Andern nur in der Weise, dass er zu dessen Handelsfonds einen Vermögensbeitrag gegen die Zusage von Gewinnantheilen vorschiesst, so darf der Inhaber des letzteren deshalb eine Gesellschaftsfirma nicht annehmen. Der Beobachtung bestimmter Formen bedarf es hierbei nicht." [14])

Schon in der nächsten Sitzung brachte derselbe Antragsteller einen besonderen Entwurf der alten deutschen Stillen Gesellschaft ein, weil für sie mit der blossen Verweisung auf den Kommissionsentwurf der Kommanditgesellschaft theils zu viel theils zu wenig gesagt würde. [15]) Die Konferenz beschloss hierauf, bei ihren weiteren Berathungen zunächst von den in der ersten Lesung gefassten Beschlüssen auszugehen und einen diesen entsprechenden neuen Entwurf (des Abgeordneten für Hannover) zu Grunde zu legen, um erst nach Regelung der alten deutschen Stillen Gesellschaft den Redaktionsentwurf, also die Aufnahme der neuen Stillen oder Kommanditgesellschaft in Erwägung zu ziehen. [16])

In nur zwei Sitzungen wurde die deutsche Stille Gesellschaft in fast völliger Reinheit zu Tage gefördert, alsdann zog die Konferenz die neue Stille Gesellschaft des Redaktionsentwurfes in Berathung, aber nicht gleich mit der Absicht, ihr auch wirklich Aufnahme im Handelsgesetzbuch zu gewähren, sie wollte vielmehr zuvörderst das Institut, nachdem es in seinen einzelnen Bestimmungen festgestellt wäre, in seiner ganzen Gestalt sehen, und dann erst über seine Aufnahme beschliessen. [17]) Man ging nun, immer unter Vergleich mit dem eben vollendeten Entwurf der deutschen Stillen Gesellschaft, jeden Artikel des Redaktionsentwurfes durch, gab dem Definitionsartikel 145 die gegensätzliche präzisere Fassung, dass eine Betheiligung an einem gemeinsamen unter einer Gesellschaftsfirma betriebenen Handelsgeschäft vorliegen müsse, und nahm die obligatorische Eintragung in das Handelsregister wieder an. [18]) Das schliessliche Resultat stimmte mit dem Redaktionsentwurf fast ganz überein.

Es ward dann die Aufnahme der alten und der neuen Stillen Gesellschaft beschlossen, aber in den daraufhin von der Redaktionskommission ausgearbeiteten

[14]) Protokolle S. 1033.
[15]) Protokolle S. 1077—1079 und Anlage A.
[16]) Protokolle S. 1081 und Anlage C.
[17]) Protokolle S. 1094 ff.
[18]) Protokolle S. 1098.

neuen Entwürfen ergab sich bei der Gegenüberstellung beider Rechtsinstitute die Nothwendigkeit mannigfacher Aenderungen. Vor Allem machte die Kommission zunächst den Vorschlag, „die beiden jetzt ganz verschieden gestalteten Rechtsinstitute nun auch verschieden zu benennen, der sg. alten oder deutschen Stillen Gesellschaft die Bezeichnung „Betheiligung eines Stillen Gesellschafters“ zu geben, der neuen Stillen Gesellschaft, für welche das Beiwort „Still“ wegen der gesetzlich geforderten Registrirung und Publikation nicht mehr passe, den in Deutschland nicht fremden Namen „Kommanditgesellschaft“ zu wählen, ferner den andern Vorschlag „die nunmehrige Kommanditgesellschaft, da sie sich nach aussen als Handelsetablissement darstelle, in die Reihe der „Handelsgesellschaften“ zu stellen, die Stille Gesellschaft dagegen daraus zu streichen.[19]) Erst nach längerem Zögern und mit der Modifikation, statt „Betheiligung eines Stillen Gesellschafters“ die Bezeichnung „Stille Gesellschaft“ zu setzen, wurden die Vorschläge angenommen.

Vergeblich war bei Gelegenheit der Berathung des neuen Redaktionsentwurfs noch einmal versucht, den Eintritt der Kommanditgesellschaft in das Handelsgesetzbuch zu hindern,[20]) sie blieb.

Das Resultat der Berathungen zweiter Lesung war somit Beibehaltung der alten deutschen Stillen Gesellschaft und offizielle Rezeption der französischen Kommanditgesellschaft.

Dieser Entwurf zweiter Lesung wurde den betheiligten Regierungen zur Anbringung etwaiger Erinnerungen vorgelegt. Obgleich mehrere Regierungen gegen die vermeintliche Trennung der Stillen Gesellschaft in zwei verschiedene Rechtsinstitute opponirten, ein Aufgeben der Kommanditgesellschaft und Beibehaltung allein der Stillen Gesellschaft forderten,[21]) hielt die Kommission doch in der dritten Lesung ihren früheren Beschluss nicht nur fest, sondern steigerte die Sonderung sogar. — Der Entwurf dritter Lesung ist Gesetz geworden. —

Auf die Kommanditgesellschaft näher einzugehen ist hier nicht der Ort, hier interessirt nur, dass das A. d. H.G.B. die alte Participatio, das alte „Einlegen von Geld zu Gewinn, oder zu Gewinn und Verlust“, die alte Stille Gesellschaft in fast völliger Reinheit wieder hergestellt, und so detaillirt, wie kein Gesetz, kein Autor vor ihm geregelt und dargestellt hat. —

Ein Spiegelbild aller sich kreuzenden Auffassungen gaben noch einmal die Kritiken der einzelnen Entwürfe.[22])

---

[19]) Protokolle S. 1158 ff.

[20]) Protokolle S. 1147 u. 1166.

[21]) S. die Anträge und Erinnerungen von Mecklenburg, Baden (auch Sachsen) Erinnerung Nr. 169 zu Art. 142—163, Protokolle Bd. IX Anhang.

[22]) S. z. B. Goldschmidt, Kritik des Entw. d. H.G.B. f. d. preuss. Staaten (Kritische Zeitschr. IV) Sep.-Abdr. Abthlg. I S. 53 ff., Abthlg. II S. 34 ff. Goldschmidt, Gutachten über den Entwurf e. A. d H.G.B. nach den Beschlüssen II Lehrg. (Zeitschr. f. H.R. III Abschnitt VIII A. u. C. Endemann, Der Entwurf eines A. d. H.G.B. (1858) S. 72 ff. und die anderen bekannten Kritiken.

C. Das geltende Recht der Stillen Gesellschaft.

§ 140.

1. Rechtsverhältnisse der Parteien unter einander.

I. In der Stillen Gesellschaft muss einer der Kontrahenten stets ein Kaufmann [1]) sein, er empfängt von seinem Gegenkontrahenten Kapital zur Anlegung in seinem Handelsgewerbe. Die Stille Gesellschaft ist daher ein Geschäft, welches zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehört, folglich selbst ein Handelsgeschäft, ein Hilfshandelsgeschäft, [2]) und zwar ein einseitiges Handelsgeschäft, falls der Stille Gesellschafter nicht zufällig auch ein Kaufmann ist und dies Geschäft im Dienste seines Handelsgewerbes abschloss. Bei Handelsgeschäften ist die Gültigkeit der Verträge durch schriftliche Abfassung oder andere Förmlichkeiten nicht bedingt, es sei denn, das A. d. H.G.B. statuirte eine Ausnahme. [3]) Bezüglich der Stillen Gesellschaft hat das A. d. H.G.B. nicht nur keine Ausnahmebestimmung getroffen, sondern die Regel sogar nochmals ausdrücklich wiederholt. [4]) Thatsächlich pflegen Stille Gesellschaftsverträge trotzdem schriftlich, oder sogar notariell abgeschlossen zu werden.

II. Eintragung der Stillen Gesellschaft oder dergleichen Rechtsgeschäfte kurz der einseitigen Kapitalgesellschaft in öffentliche Register hat niemals existirt und wird auch vom A. d. H.G.B. weder gefordert noch gestattet. Die Registrirung der accomenda, oder societas per viam accomanditae des italienischen, der société en commandite des französischen und der Kommanditgesellschaft des heutigen deutschen Rechts gehört nicht hierher, diese Rechtsinstitute sind ihrer juristischen Konstruktion nach ganz andere Rechtsinstitute, als die Stille Gesellschaft, wenngleich sie geeignet sind, neben den ihnen eigenthümlichen auch der letzteren wirthschaftliche Funktionen auszuüben.

III. 1. Der Kaufmann sucht und empfängt von dem Stillen Gesellschafter dessen Einlagekapital behufs Verwendung im Betriebe seines Handelsgewerbes. Von der Art der vereinbarten Verwendung und der Natur des Kapitalträgers hängt es ab, welches Recht dem Kaufmann an dem Gegenstande der Einlage eingeräumt wird; besteht das Kapital, wie regelmässig, aus Geld, dann erhält er das Eigenthumsrecht der Münzstücke, das Gleiche würde bei anderen vertretbaren Sachen eintreten, bei unvertretbaren Sachen kann es der Fall sein. Wenn der beabsichtigten wirthschaftlichen Verwendung damit Genüge geschieht, reicht auch die Bestellung eines persönlichen oder dinglichen Nutzungsrechtes aus. [5]) Forderungsrechte bedürfen je nach ihrer Gestalt der Cession, des Indossaments oder der Aushändigung des Briefes, des Papiers. Die Rechtsnorm des A. d. H.G.B. [6])

---

[1]) S. oben § 706 u. 709 u. H.G.B. Art. 250 I.
[2]) H.G.B. Art. 273. Vgl. oben S. 315.
[3]) H.G.B. Art. 317.
[4]) H.G.B. Art. 250 II.
[5]) Vgl. oben S. 705 u. 707 f.
[6]) H.G.B. Art. 252 I.

„der Inhaber des Handelsgewerbes wird Eigenthümer der Einlage des Stillen Gesellschafters", gibt daher nur einer viele Ausnahmen gestattenden Regel Ausdruck. —

2. Einseitige Abweichung von dem Vertrage ist bezüglich der Einlage und ihrer Verwendung keinem der Kontrahenten gestattet, der Kaufmann kann die volle Einlage, aber auch nur sie, und Leistung unter genauester Innehaltung der verabredeten Modalitäten z. B. des Zahlungstermines, oder Ortes, der Raten, des Gegenstandes u. s. w. verlangen; der Stille Gesellschafter kann Abnahme der ordnungsmässigen Einlage beanspruchen. Zu einem Mehr oder Weniger ist keine Partei berechtigt oder verpflichtet. Der Stille Gesellschafter kann seine Einlage nicht erhöhen, selbst sein nicht unerhobener Gewinnantheil wächst dem Einlagekapital eben so wenig zu, wie die Zinsen einem Darlehnskapital, aber zulässig wäre eine Abrede solchen Inhalts. Der Kaufmann andererseits kann nicht Erhöhung der Einlage fordern, selbst nicht Ergänzung der durch Verlustantheil verminderten Einlage,[7] dies selbst dann nicht, wenn der aus den eigenen Mitteln des Kaufmanns und der Einlage des Stillen Gesellschafters gebildete Geschäftsfonds sich als unzureichend für ertragsfähigen Betrieb des Unternehmens erweist. Hier böte, von Heranziehung anderweiter Mittel abgesehen, höchstens Art. 267 den Ausweg, das Gesellschaftsverhältniss aufzulösen. Ob in concreto dazu Grund vorliegt, entscheiden die allgemeinen Rechtsgrundsätze und richterliches Ermessen.[8]

Der Kaufmann muss die Kapitaleinlage seines Stillen Gesellschafters vertragsmässig in seinem Handelsgewerbe bzw. in dem verabredeten Zweige seines Handelsgewerbes verwenden, Zuwiderhandlung z. B. Verwendung zur Tilgung von Spielschulden würde ihn ersatzpflichtig machen und dem Stillen Gesellschafter Grund zu sofortiger kündigungsloser Aufhebung geben.[9]

IV. 1. Die Hingabe eines Kapitals zu Stiller Gesellschaft gewährt dem Stillen Gesellschafter kein Miteigenthum an dem Geschäft, in welchem seine Einlage Verwendung findet; das Eigenthum des Geschäfts gehört allein dessen Gegenkontrahenten, dem Kaufmann,[10] sei dieser Einzelperson, Offene oder Kommandit-Handelsgesellschaft, Aktiengesellschaft, Genossenschaft oder Handel treibende juristische Person. Auch wird der Stille Gesellschafter in den letzteren Fällen nicht etwa, wie es früher nicht selten fälschlich angenommen wurde, Mitglied der mit ihm kontrahirenden Handelsgesellschaft oder Korporation, er steht ihr vollständig als extraneus gegenüber. Hiermit hängt auch zusammen, dass ein Kaufmann ganz nach seinem Belieben wie mehrere Gläubiger, so auch mehrere Stille Gesellschafter haben kann. Den älteren Stillen Gesellschaftern als solchen steht kein Recht zu, bei der Errichtung neuer Stiller Gesellschaftsverträge mitzusprechen oder gar Widerspruch zu erheben. — Die

---

[7]) H.G.B. Art. 252 II.

[8]) S. unten S. 740 f.

[9]) H.G.B. Art. 262 v. Hahn, Commentar dazu und oben S. 708. Erk. in Zeitschr. f. H.R. Bd. XV S. 284 f.

[10]) H.G.B. Art. 250 I „Handelsgewerbe eines Anderen".

mehreren Stillen Gesellschafter stehen in keinem rechtlichen Konnex zu einander. Kaum der Warnung bedarf es, hiermit Fälle zu verwechseln, in denen mehrere zu einer Handelsgesellschaft oder Civilgesellschaft bereits verbundene Personen mit einem Kaufmann eine Stille Gesellschaft eingehen.

2. Der Betrieb des Geschäfts ist Sache des Geschäftsherrn selbst, oder dessen, den er damit beauftragt, die blosse Hingabe eines Kapitals zu Stiller Gesellschaft gewährt Niemanden das Recht, an der Geschäftsführung theilzunehmen, oder sich in irgend einer Weise in sie einzumischen, doch bleibt es den Parteien unbenommen, vertragsmässig eine derartige Befugniss für den Stillen Gesellschafter zu statuiren, auch steht Nichts im Wege, dass der Stille Gesellschafter auf Grund einer Handlungsvollmacht als Bevollmächtigter des Geschäftsherrn mit Dritten Personen für das Geschäft in Rechtsverkehr tritt. Gerirte er sich hierbei aber als Offener Gesellschafter des Kaufmanns, als Mitinhaber der Firma, so würden dritte Personen allerdings befugt sein, ihn demgemäss in Anspruch zu nehmen, ihn als direkt, illimitirt und solidarisch verpflichtet zu behandeln.

3. Wer gewerbemässig Handelsgeschäfte betreibt, muss sich zum Handelsregister melden und seine Firma angeben, in der Stillen Gesellschaft treibt allein der Gegenkontrahent des Stillen Gesellschafters ein Handelsgewerbe, folglich muss auch allein dieser sich zum Handelsregister melden und seine Firma angeben, und zwar jenachdem er Einzelperson (juristische Person) oder Offene Gesellschaft, Kommanditgesellschaft, Aktiengesellschaft, Kommanditgesellschaft auf Aktien- oder Genossenschaft ist, zum Firmenregister oder Gesellschaftsregister oder Genossenschaftsregister. Regelmässig wird der Gegenkontrahent des Stillen Gesellschafters bereits vor Errichtung der Stillen Gesellschaft ein Geschäft betreiben und in das Handelsregister eingetragen sein, einer Aenderung oder Ergänzung dieses Eintrags bedarf es alsdann nicht mehr. War er noch nicht eingetragen, so muss der Eintrag ganz ohne Rücksicht auf das Vorhandensein der Stillen Gesellschaft geschehen. Dem vom A. d. H.G.B. statuirten Prinzip der Firmenwahrheit gemäss muss die anzumeldende Firma des Geschäftsherrn genau den Bestimmungen des Art. 16 ff. entsprechen, d. h. negativ gefasst, sie darf weder den Namen des Stillen Gesellschafters noch seinetwegen einen ein Gesellschaftsverhältniss andeutenden Zusatz enthalten.[11]) Bei Uebertretung dessen würde im letzten Falle gegen den Geschäftsherrn von Amtswegen mit Ordnungsstrafen vorzugehen sein,[12]) im ersteren Falle desgleichen, wenn der Geschäftsherr eigenmächtig den Namen seines Stillen Gesellschafters in die Firma aufnahm; that er es mit dessen Bewilligung, so haftet dieser den Geschäftsgläubigern direkt, illimitirt und solidarisch, denn sie dürfen ihn, die Zusammensetzung der Firma für den gesetzesmässigen Ausdruck des

---

[11]) H.G.B. Art. 257 u. 251 II.

[12]) H.G.B. Art. 251 u. 26 II. Die partikularrechtlichen Details s. in v. **Salpius**, Die Ergänzungen der A. d. W.O. u. des A. d. H.G.B. (1870) S. 95 ff.

materiellen Sachverhalts annehmend, als Offenen Gesellschafter behandeln.[13]) Da dies auch für die richterlichen resp. staatsanwaltlichen Behörden gilt, so können sie gegen den Geschäftsherrn hier nicht mit Ordnungsstrafen aus den Art. 251 II bzw. 26 II vorgehen, doch dürfen sie es auf Grund des Art. 26 I thun, sobald diese den Namen des Stillen Gesellschafters enthaltende Firma nicht eingetragen worden ist, sei es, dass der Geschäftsherr nur mit seiner alten bzw. materiell richtigen Firma, oder überhaupt nicht eingetragen ist.

V. 1. Der Stille Gesellschafter ist juristisch nicht direkt, sondern nur indirekt an dem Geschäft betheiligt, er hat dem Geschäftsinhaber persönlich ein Kapital kreditirt, unter der Gegenverpflichtung des letzteren: erstens, dieses in seinem Geschäft anzulegen; zweitens, bei Beendigung des Vertrages dieses, soweit es nicht durch zur Last geschriebene Verlustantheile vermindert oder aufgezehrt ist, zurückzuzahlen; drittens, als Aequivalent für die gestattete Nutzung resp. als Versicherungsprämie[14]) ihm periodisch ein absolut oder relativ bemessen, regelmässig in Geld bestehendes Werthquantum[15]) gutzuschreiben und auszuzahlen.

2. **Der Geschäftsherr treibt das Geschäft für seine eigene Rechnung,** nicht etwa ähnlich wie der Kommissionär oder in der reinen Kommanditgesellschaft der Komplementar für fremde Rechnung, hier speziell zum Theil für Rechnung seines Stillen Gesellschafters,[16]) er hat nur die persönliche Verpflichtung, falls er in seinem Geschäft Gewinn gemacht hat, jenem eine näher zu berechnende Geldsumme gutzuschreiben bzw. auszuzahlen, und die persönliche Berechtigung, falls er Verlust in seinem Geschäft erlitt, eine näher zu berechnende Geldsumme von dem Stillen Gesellschafter zu fordern resp. von dessen Einlagekapital als nicht zurückzuzahlend abzuschreiben, kurz zur Last zu schreiben. Besonders deutlich zeigt sich dieser juristische Sachverhalt dann, wenn der Geschäftsherr dem Stillen Gesellschafter feste Zinsen und Theilnahme am Gewinn zusichert, ohne ihm auch Theilnahme am Verlust aufzubürden. Würden die Geschäfte für gemeinschaftliche Rechnung, also auch für Rechnung des Stillen Gesellschafters geführt, so müsste sowohl nach innen, wie auch nach aussen gegenüber den Privatgläubigern des Geschäftsherrn ein ähnliches Rechtsverhältniss eintreten, wie bei dem Kommissionsgeschäft heute und der reinen Kommanditgesellschaft früher, es müssten Forderungen, welche der Geschäftsherr aus einem zum Betriebe der Stillen Gesellschaft gehörenden Handelsgeschäft gegen einen Dritten hat, in dem Verhältniss zwischen ihm oder seinen Privat-

---

[13]) H.G.B. Art. 257 Schluss. Art. 17.

[14]) Jeder Zins besteht bekanntlich theils aus einem Nutzungsäquivalent, theils aus Versicherungsprämie, dazu tritt hier noch die Prämie für die Theilnahme am Verlust.

[15]) Es steht rechtlich gar nichts entgegen, dass der Gewinnantheil in Naturalien, z. B. von einem Juwelier in Edelsteinen oder je nach dem Geschäftsstadium theils in Geld, in Edelsteinen gezahlt wird, wirthschaftlich aber dürfte dies heutzutage kaum vorkommen.

[16]) S. oben S. 709 Not. 25.

gläubigern [17]) und dem Stillen Gesellschafter zum Theil als Forderungen des letzteren [18]) gelten.

Der Geschäftsinhaber hat mit dem Stillen Gesellschafter periodisch oder spätestens am Ende des Vertragsverhältnisses abzurechnen, aber nicht zu theilen, wenigstens passt letzteres Wort dann nicht, wenn man es korrelativ zu juristischer Gemeinschaft braucht.

Die Abrechnungsperiode ist Mangels anderer Verabredung das Geschäftsjahr. [19])

Da der Stand des vermögensrechtlichen Verhältnisses zwischen Geschäftsinhaber und Stillem Gesellschafter kein absolut fixirter ist, sondern stetig wechselt, abhängt von dem augenblicklichen, oder von dem bei Ablauf der Periode sich ergebenden Geschäftsresultat, aber der Geschäftsbetrieb, der Geschäftsabschluss und die Aufstellung der Abrechnung mit dem Stillen Gesellschafter allein in der Hand des Geschäftsherrn liegt, so gewährt das Gesetz dem Stillen Gesellschafter wenigstens die Mittel zur Prüfung dieser Abrechnung; es berechtigt ihn, die abschriftliche Mittheilung der jährlichen Bilanz zu verlangen, und deren Richtigkeit unter Einsicht der Bücher zu prüfen. Auf Antrag des Stillen Gesellschafters kann das Handelsgericht, wenn wichtige Gründe dazu vorliegen, auch zwischenzeitlich die Mittheilung einer Bilanz oder sonstiger Aufklärungen nebst Vorlegung der Bücher und Papiere anordnen. [20]) Ueber die Wichtigkeit eines Grundes entscheidet freies richterliches Ermessen. Besonders gehören Umstände hierher, welche auf eine Benachtheiligung des Stillen Gesellschafters durch den Geschäftsherrn schliessen lassen, oder ihm ein Recht, die Auflösung des Vertrages zu verlangen geben würden. [21])

3. In welcher der oben genannten Formen [22]) der Stille Gesellschafter an dem Geschäftsergebniss theilnimmt, hängt von den Bestimmungen des einzelnen Vertrages ab, werden darin keine desbezüglichen Anordnungen getroffen, dann nimmt er am Gewinn und am Verlust theil, feste Zinsen daneben erhält er nicht. [23]) Steht zwar die Theilnahme am Gewinn und Verlust fest, aber nicht ihr Grad, so ist der Stille Gesellschaftsvertrag nicht etwa nichtig, sondern es greift richterliches Ermessen, nöthigenfalls unter Zuziehung von Sachverständigen, ergänzend ein. [24]) Präzisirt der Vertrag nur den Grad der Gewinntheilnahme, aber erhellt nicht gleichzeitig, dass die Theilnahme am Verluste ganz ausgeschlossen sein soll, dann greift in Analogie des eben besprochenen Falles wieder das richterliche Ermessen ein, doch wird dieses ohne gewichtigen Grund kaum davon abweichen, den Grad der Theilnahme am Gewinn auch als massgebend für die Theilnahme am Verlust zu erklären.

---

[17]) Oder auch den Handelsgläubigern aus Handelsgeschäften, welche nicht dem Handelszweige angehören, an welchem der Stille Gesellschafter betheiligt ist.

[18]) H.G.B. Art. 368.

[19]) H.G.B. Art. 255 I.

[20]) H.G.B. Art. 253.

[21]) Vgl. H.G.B. Art. 262.

[22]) S. oben S. 707.

[23]) H.G.B. Art. 250 I.

[24]) Protokolle S. 4546. H.G.B. Art. 254.

Der Grad der Theilnahme am Gewinn wird regelmässig durch einen Bruchtheil oder durch Prozente des Gesammtgewinnes bzw. Verlustes ausgedrückt. Von diesem Grad, dieser relativen Höhe der Theilnahme am Verlust muss man unterscheiden die absolute Höhe der Theilnahme am Verlust, die absolute Höhe des Verlustantheils. Letztere findet, soweit der Vertrag nicht ein Weniger bestimmt, seine Maximalgrenze in dem jeweilig vorhandenen Bestande der bereits eingezahlten bzw. noch rückständigen Einlage. Betrug die Einlage anfänglich z. B. 10,000 M. bei Theilnahme mit einem Drittel des Verlustes, fielen dann auf dieses Drittel im vierten Geschäftsjahre 2000, im fünften 3000, im sechsten 6000 M., so kann der Geschäftsinhaber am Ende des sechsten und letzten Jahres, wo des Stillen Gesellschafters Einlage nur noch 5000 M. betrug, diesem nicht das volle Drittel von 6000 M. zur Last schreiben, sondern nur 5000 M., der Rest von 1000 M. bleibt ihm selber. Der Stille Gesellschafter braucht nicht etwa, wie es vor dem A. d. H.G.B. von manchen Autoren behauptet wurde, den Gewinn früherer Jahre zur Deckung jenes unbeglichenen Verlustantheils herzugeben, dies nicht einmal dann, wenn er den ihm gutgeschriebenen Gewinn eines früheren Geschäftsjahres noch nicht erhoben hat.[25]) Die Gewinnzuweisung ist eine definitive, sie ist eine selbständige Schuld, resp. die Gewinnzahlung Tilgung einer Schuld des Geschäftsinhabers, und umgekehrt nicht erhobener Gewinnantheil eine selbständige Forderung des Stillen Gesellschafters. Nichtabgehobener Gewinn wächst deshalb auch nicht dem Einlagekapital zu.[26]) Die Theilnahme des Stillen Gesellschafters am Geschäftsverlust ist in dubio limitirt, auf die Höhe der Einlage beschränkt, Heranziehung früheren Gewinnes würde einer Erhöhung der Einlage resp. des Verlustbetrages gleichkommen.

Anders liegt die Sache, wenn auf Jahre mit Verlust noch solche mit Gewinn folgen, alsdann muss der Geschäftsinhaber dem Stillen Gesellschafter zwar die auf dessen Gewinnantheil fallende Summe zuschreiben, er braucht sie ihm aber nicht auszuzahlen, sondern schlägt sie zu dessen durch die früheren Verluste verminderter Kapitaleinlage, und dies wiederholt er so oft bzw. soweit bis die Einlage des Stillen Gesellschafters die ursprüngliche Höhe erreicht hat.[27]) Trifft nicht bereits der Gesellschaftsvertrag hiervon abweichende Bestimmungen, dann kann der Stille Gesellschafter der Noth, jahrelang jeden Ertrag seines Kapitals zu entbehren, nur dadurch entgehen, dass er sich mit dem Geschäftsinhaber einigt, seine Einlage zu reduziren.

4. Besondere Erwähnung verdient die Frage, welche Wirkungen eintreten, wenn vor Ablauf der auf eine bestimmte Reihe von Jahren geschlossenen Stillen Gesellschaft die Einlage des Stillen Gesellschafters durch Verluste ganz aufgezehrt worden ist, aber das Geschäft weiter geht. Möglich würden solche Fälle besonders dann, wenn das Verhältniss zwischen Verlustantheil und Einlage den

---

[25]) H.G.B. Art. 255 II.

[26]) H.G.B. Art. 255 III, Protokolle S. 4546. Vgl. Grünhut in seiner Zeitschrift Bd. I S. 392 ff. Anschütz a. a. O. II S. 553. R.O.H.G XIII 65 ff.

[27]) H.G.B. Art. 255 II Schluss.

Stillen Gesellschafter härter trifft wie den Geschäftsinhaber, oder zwar gleich, aber der Geschäftsinhaber den von ihm selbst herrührenden Geschäftsfonds durch neue Nachschüsse — sei es aus dem eigenen Vermögen, sei es aus Darlehen oder Stiller Gesellschaft u. s. w. — bessert. Bemisst der Vertrag des Stillen Gesellschafters Antheil am Gewinn und Verlust durch einen Bruchtheil oder Prozente des gesammten Geschäftsresultates jeder Periode,[28]) dann muss dem Stillen Gesellschafter auch nach Aufzehrung seiner Einlage noch die auf diese Quote oder Prozente fallende Summe kreditirt, resp. debitirt werden, ergibt sich dann nach gänzlichem Ablauf der Gesellschaftszeit für ihn ein Aktivsaldo, so kann er dessen Auszahlung verlangen, einen Passivsaldo dagegen braucht er nicht auszugleichen, dieser bleibt dem Geschäftsherrn. Gibt der Vertrag dem Stillen Gesellschafter am Geschäftsresultat nur einen Antheil, dessen Höhe berechnet wird aus der Gleichung: Das gesammte Geschäftskapital (K) verhält sich zu dem gesammten Geschäftsergebniss (G), wie der jedesmalige Bestand des Einlagekapitals des Stillen Gesellschafters (E), zu dessen Antheil am Gesellschaftsresultat (X), so verliert der Gesellschaftsvertrag mit der Bilanz, welche die Einlage des Stillen Gesellschafters als aufgezehrt nachweist, jede Wirkung, denn wenn die dritte Grösse E gleich Null ist, dann ist die unbekannte vierte Grösse auch gleich Null. Dasselbe gilt, wenn der Antheil des Stillen Gesellschafters nach Prozenten des jeweiligen Bestandes von dessen Einlage bemessen werden soll. — Erschöpfung der Einlage des Stillen Gesellschafters endigt daher — Mangels desbezüglicher Vertragsbestimmung, das Gesellschaftsverhältniss nicht, doch kann sie dessen Funktionen völlig lähmen. Welcher Modus für den Geschäftsherrn, welcher für den Stillen Gesellschafter der günstigere ist, ergibt sich nach Obigem von selbst.

VI. **Die Stille Gesellschaft endigt:**

1. wie sie entstanden ist, durch Uebereinkunft der Parteien,[29])

2. durch Ablauf der Vertragszeit,[30])

3. durch Kündigung von Seiten einer Partei, vorausgesetzt, dass der Vertrag auf unbestimmte Dauer oder, was gesetzlich dem gleich steht, auf Lebenszeit geschlossen ist, oder nach Ablauf der ersten Giltigkeitsperiode stillschweigend fortgesetzt wurde. — Die Kündigung kann, Mangels anderer Vertragsbestimmungen, nur auf das Ende eines Geschäftsjahres erfolgen, und muss mindestens sechs Monate vorher erklärt werden.[31])

„Wichtige" Gründe geben jeder Partei das Recht zum „sofortigen Rücktritt" vom Vertrage, sie braucht also, entgegen der Regel, bei Verträgen auf bestimmte Dauer nicht den Ablauf der Vertragszeit abzuwarten, bei Verträgen

---

[28]) S. solchen Vertrag in d. Erkennt. Zeitschr. f. H.R. Bd. XV S. 285 f.

[29]) H.G.B. Art. 261 I, 4.

[30]) H.G.B. Art. 261 I, 5.

[31]) H.G.B. Art. 261 I, 6 II, I 5 Schluss u. III. Ein auf bestimmte Zeit geschlossener und vor Ablauf der Frist auf Lebenszeit verlängerter Gesellschaftsvertrag kann im Zweifel nicht vor Ablauf der ersten Vertragsfrist gekündigt werden. R.O.H.G. XIII 418.

auf unbestimmte Dauer weder das Kündigungsziel noch die Kündigsfrist innezuhalten.[32]) Erkennt die Gegenpartei die „Wichtigkeit" des Grundes, folgeweise auch die Auflösung des Gesellschaftsverhältnisses nicht an, und kommt die Sache zu gerichtlichem Austrage, dann entscheidet über Existenz und „Wichtigkeit" des Grundes das freie richterliche Ermessen.[33])

Die Kündigung oder der Rücktritt wird weit häufiger von dem Stillen Gesellschafter, als von dem Geschäftsinhaber ausgehen, denn die Gründe zu solcher Auflösung des Vertrages werden meistens aus nicht befriedigender Geschäftsführung genommen, diese aber liegt lediglich in der Hand des Geschäftsinhabers.

4. durch den Tod des Geschäftsinhabers, wenn nicht der Vertrag bestimmt, dass die Gesellschaft mit den Erben des Verstorbenen fortbestehen soll.[34]) Der Tod des Stillen Gesellschafters löst die Gesellschaft nicht auf.[35]) Der Grund dieser Verschiedenheit liegt auf der Hand, die Rechte und Pflichten des Stillen Gesellschafters sind ausschliesslich pekuniärer Natur, seine Person ist bei ihnen völlig gleichgiltig, die des Geschäftsinhabers dagegen nicht, denn regelmässig hängt der ganze Geschäftsbetrieb und dessen Ergebniss von der Individualität des Geschäftsinhabers ab.[36])

Was das Gesetz hier über den Einfluss des Todes sagt, muss analog auch gelten, wenn eine der Parteien eine Handelsgesellschaft, bzw. der Stille Gesellschafter auch eine Civilgesellschaft oder juristische Person[37]) ist und sie aufgelöst wird.

5. Dieselben Gründe, wie soeben, sprechen dafür, dass die Stille Gesellschaft auch endigt durch die eingetretene rechtliche Unfähigkeit des Geschäftsinhabers — nicht auch des Stillen Gesellschafters — zu selbständiger Vermögensverwaltung.[38])

6. Durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Geschäftsinhabers oder des Stillen Gesellschafters.[39]) Beide Parteien werden hier entgegen den beiden vorhergehenden Fällen gleich behandelt, obwohl sie selbst in dem Gesellschaftsverhältniss und folgeweise auch ihre Gläubiger resp. Schuldner im Konkurse eine sehr verschiedene Stellung einnehmen.

Macht der **Geschäftsinhaber Konkurs**, so hört der Geschäftsbetrieb, in welchem die Einlage des Stillen Gesellschafters verwendet werden soll, entweder gänzlich auf, oder er geht doch wenigstens in andere Hände über, die Auflösung ist daher gerechtfertigt. Der Stille Gesellschafter ist befugt, seine Einlage — Hingabe zu Eigenthum vorausgesetzt —, soweit sie nicht durch die

---

[32]) H.G.B. Art. 262. R.O.H.G. XII 100 ff.

[33]) H.G.B. Art. 262 Schluss. Einige Stütze findet der Richter in Art. 125. S. oben S. 405 f.

[34]) H.G.B. Art. 261 I, 1.

[35]) H.G.B. Art. 264.

[36]) Vgl. v. Hahn, Commentar zu Art. 261 § 2.

[37]) Vgl. oben S. 735.

[38]) H.G.B. Art. 261 I, 2. Vgl. oben S. 404 Not. 5.

[39]) H.G.B. Art. 261 I, 3.

auf ihn fallenden Verlustantheile absorbirt ist, wie alle andern Geschäftsgläubiger geltend zu machen, rückständige Einlage muss er bis zu dem Betrage, welcher zur Deckung seines Antheils am Verluste erforderlich ist, in die Konkursmasse einzahlen.[40]) Nach dem geltenden Konkursrecht[41]) kann die Gläubigerversammlung die Fortführung des Geschäfts beschliessen, fasst sie einen derartigen Beschluss, so hat der Stille Gesellschafter, der ja mit dem Augenblick der Konkurseröffnung nur noch als Gläubiger — bzw. bei rückständiger Einlage als Schuldner — des Geschäftsinhabers in Betracht kommt, weder an dem Verlust, noch an dem Gewinn dieses Geschäftsbetriebes einen besondern Antheil wie früher; die Geschäftsfortführung darf ihm nur wie jedem andern Gläubiger schaden oder nützen, nämlich nur die auf seine oben bezeichnete „Forderung" fallende Dividende kürzen oder steigern.

Verfällt der Stille Gesellschafter in Konkurs, so soll die Stille Gesellschaft ipso jure aufgehoben sein, konsequenter Weise muss der Geschäftsinhaber sofort Bilanz ziehen und der Konkursmasse das Guthaben des Stillen Gesellschafters unverzüglich auszahlen. Der Geschäftsinhaber wird hier ohne Noth zu Gunsten der Konkursgläubiger, die gegen ihn prinzipiell doch nicht mehr Rechte haben wie sein Gläubiger und ihr Schuldner, der Stille Gesellschafter, in eine Lage versetzt, welche ihm zu grossem Nachtheil gereichen kann. Die von der Nürnberger Kommission als massgebend erachteten Gründe dieser erst bei der dritten Lesung eingebrachten und in das Gesetz aufgenommenen Bestimmung mögen für die gegenseitige Handelsgesellschaft passen, aber nicht für die einseitige Kapitalgesellschaft, die Stille Gesellschaft, die auf ganz anderer Basis steht. Die Kommission hat sich hier nachweislich von der in den früheren Lesungen bereits aufgegebenen Ansicht leiten lassen, dass die Stille Gesellschaft und die Kommanditgesellschaft identisch seien, und letztere nur eine Modifikation der Offenen Handelsgesellschaft sei. Sie hat das lediglich sekundäre Sozietätselement der Stillen Gesellschaft betont, statt dessen eigentliche Basis — meistens ein Darlehnsverhältniss — entscheiden zu lassen.[42])

Wollte der Gesetzgeber, wie es ja seine ausgesprochene Absicht war, für die Konkursgläubiger des Stillen Gesellschafters etwas thun, so brauchte er wenigstens nicht in so schroffer, den Geschäftsherrn selbst bedrohender Weise vorzugehen, er würde Genügendes geleistet und für den Geschäftsherrn nicht so bedeutende Gefahr herbeigeführt haben, wenn er den Konkursgläubigern des Stillen Gesellschafters ein Kündigungsrecht gewährt hätte, vielleicht mit kürzerer als sechsmonatlicher Frist und ohne das gesetzliche Ziel des Jahresschlusses.

VII. Durch den Tod des Stillen Gesellschafters wird die Stille Gesellschaft nicht beendigt, es tritt der Erbe in dessen Rechte und Pflichten gegen den Geschäftsinhaber ein; ob die Kapitaleinlage bereits eingezahlt oder noch rück-

---

[40]) H.G.B. Art. 258.

[41]) R.K.O. § 120.

[42]) S. Protokolle S. 1157, 1178, 4651 ff. bes. die treffenden Ausführungen des Abgeordneten für Hamburg. Vgl. auch v. Hahn, Commentar zu Art. 261 § 4.

ständig ist, macht hierbei keinen Unterschied.[43]) **Darf** man nun weitergehend annehmen, dass **der Stille Gesellschafter ohne Genehmigung des Geschäftsinhabers auch durch Rechtsgeschäft unter Lebenden einen Dritten an seine Stelle setzen kann?** Wer das Sozietätselement betont, wird in Analogie der für die Offene Handelsgesellschaft gegebenen Rechtsnorm sagen, der Stille Gesellschafter könne es thun, aber der Dritte trete dadurch in keinen direkten Konnex mit dem Geschäftsinhaber, insbesondere habe er nicht die dem Stillen Gesellschafter gesetzlich zustehende Befugniss, abschriftliche Mittheilung der jährlichen Bilanz zu verlangen, und die Richtigkeit derselben unter Einsicht der Bücher und Papiere zu prüfen.[44])

Zu einem andern Resultat werden diejenigen kommen, welche, wie die juristische Konstruktion der Stillen Gesellschaft fordert, deren Grundverhältniss, bzw. das Darlehn betonen. Man hat dann zwei Fälle zu unterscheiden, jenachdem die Einlage bereits eingezahlt oder noch rückständig ist. Im letzteren Fall kann der Stille Gesellschafter, weil noch Schuldner des Geschäftsinhabers, zweifellos keinen an seine Stelle setzen. Im ersten Fall dagegen darf er es thun, denn er ist lediglich Gläubiger. Sein Nachfolger steht zum Geschäftsinhaber in unmittelbarem Rechtsverhältniss, dieser ist ihm zur Abrechnung verpflichtet wie dem Stillen Gesellschafter selbst. Bei der oben geschilderten Participatio waren derartige Veräusserungen durch die Participes sehr häufig, und ihre Wirkung die eben genannte.[45]) Sein Gläubigerrecht also darf der Stille Gesellschafter zediren. Nicht mehr diesem, sondern gerade der sozietätsartigen Modifikation gehört das Recht an, die jährliche Bilanz zu erhalten und sie unter Einsicht der Papiere und Bücher zu prüfen; dieses Recht könnte der Stille Gesellschafter daher nach strenger Sozietätstheorie nicht abtreten. Wesentliche Nachtheile entstehen für dessen Singularsukzessor daraus kaum, denn glaubt er, die Richtigkeit der ihm vom Geschäftsinhaber gestellten Abrechnung bezweifeln zu müssen, so bleibt ihm immer noch der Weg offen, im Prozess Edition der Bücher zu beantragen.[46]) Uebrigens liesse sich diesem Uebelstande vorbeugen durch Aufnahme einer Klausel in den Gesellschaftsvertrag, welche auch dem Singularsukzessor das hier in Rede stehende Recht gewährt.[47]) — Man darf jedoch, um den Zwiespalt zwischen dem Haupt- und dem Nebenelement zu beseitigen, m. E. ruhig noch einen Schritt weiter gehen, und folgendermassen deduziren. Das sekundäre Element eines Rechtsinstitutes hat sich, soweit das positive Recht ihm nicht ausdrücklich besonderen Einfluss wahrt, dem Grundelement unterzuordnen; das Gesetz erklärt jeden, der sich an dem Betriebe eines Anderen mit einer Kapitaleinlage gegen Antheil an Gewinn und Verlust betheiligt, für berechtigt, die abschriftliche Mittheilung der jährlichen Bilanz zu verlangen und die Richtigkeit derselben unter Einsicht der Bücher und Papiere zu prüfen,

[43]) H.G.B. Art. 264 u. oben S. 741 VI 4.
[44]) H.G.B. Art. 98 II u. 253 I.
[45]) Vgl. oben S. 713 c.
[46]) H.G.B. Art. 37 ff.
[47]) Vgl. R.O.H.G. XIX 344 ff.

es statuirt keinen Unterschied desbezüglich, ob Jemand durch Vertrag mit dem Geschäftsherrn selbst oder durch Universalsukzession oder durch Singularsukzessionsvertrag mit dem ursprünglichen Stillen Gesellschafter diese Betheiligung erworben hat, folglich hat jeder, der in solcher Weise an dem Geschäft eines Anderen betheiligt ist, das in Frage stehende Recht. Das Recht des Stillen Gesellschafters, der seine vertragsmässige Kapitaleinlage voll eingezahlt hat, wäre demnach wie frei vererblich, so auch frei veräusserlich.

VIII. Nach Auflösung der Stillen Gesellschaft muss der Geschäftsinhaber dem Stillen Gesellschafter eine **Schlussrechnung** zustellen und diese begleichen. War ihm an den Kapitalträgern nur ein Nutzungsrecht eingeräumt,[48] so hat er sie in natura und in specie zurückzugeben, sonst aber nur deren Werth in Geld zu berichtigen,[49] und zwar selbstverständlich nur in der Höhe, welche sich nach Abzug der Verlustantheile herausstellt.[50] Etwaige aus dem eben beendigten resp. noch laufenden Geschäftsjahr dem Stillen Gesellschafter zufallenden Gewinnantheile treten den eben genannten Leistungen hinzu. Die Schlussabrechnung setzt eine Bilanz voraus; häufig genug wird es die gewöhnliche Jahresbilanz sein. Eine eigentliche Liquidation findet nicht statt, denn das ganze Geschäft gehört nach wie vor allein dem Geschäftsinhaber, der ganz nach seinem Belieben das Geschäft fortsetzt oder auflöst. Ersteres bildet die Regel. Das Gesetz verleitet daher zu einem Irrthum, wenn es sagt,[51] der Inhaber des Handelsgewerbes besorgt die **Liquidation** der bei der Auflösung noch schwebenden Geschäfte, aber sollte hiermit blos gemeint sein, dass der frühere Stille Gesellschafter sich die Beendigung der zur Zeit der Auflösung noch laufenden Geschäfte in der Weise gefallen lassen müsse, wie es der Geschäftsherr nach seinem Ermessen für am vortheilhaftesten hält,[52] so dürfte das praktische Leben auch von solcher Bestimmung selten genug Gebrauch machen, denn wie der Stille Gesellschafter eines bereits etablirten Kaufmanns im ersten Jahre regelmässig nicht bloss an dem Gewinn oder Verlust der Geschäfte Theil nimmt, welche nach Errichtung der Stillen Gesellschaft abgeschlossen oder gar erst eingeleitet werden, sondern an dem ein Ganzes bildendes Jahresergebniss, so hört seine Theilnahme am Gewinn und Verlust auch auf mit dem Tage der Auflösung der Stillen Gesellschaft, gleichgiltig ob noch alte Geschäfte laufen oder nicht.

Endigt die Stille Gesellschaft durch Konkurs des Geschäftsinhabers, so erfolgt die Auseinandersetzung in dem Konkursverfahren selbst.

---

[48]) Vgl. oben S. 354 und S. 707 III.

[49]) H.G.B. Art. 265 I.

[50]) Ueber die Fundamentirung der Klage des Stillen Gesellschafters vgl. R.O.H.G. XXIII 130 f.

[51]) H.G.B. Art. 265 II.

[52]) Vgl. H.G.B. Art. 130 II u. III.

§ 141.

2. Rechtsverhältniss der Parteien zu dritten Personen.

I. Der Geschäftsinhaber ist der alleinige Unternehmer des Geschäfts, er hat in dem Stillen Gesellschafter keinen Mitunternehmer; dem entsprechend ruht die Führung des Geschäftes allein in seiner Hand, und schliesst er die einzelnen Geschäfte alle für seine alleinige Rechnung und unter seinem Namen resp. seiner Firma.[1]) In rechtlichen Konnex mit den Geschäftskontrahenten tritt daher allein der Geschäftsinhaber, er allein ist deren Gläubiger, er allein deren Schuldner. Der Stille Gesellschafter könnte Geschäftshandlungen mit Dritten nur in Stellvertretung des Geschäftsinhabers vornehmen, und dazu bedürfte er wie jeder andere Dritte dessen Handelsvollmacht. Besitzt er diese und übt er sie aus, dann muss er Dritten gegenüber auch in ihnen erkennbarer Weise als Handlungsbevollmächtigter auftreten, thut er das nicht, so haftet er selber als Kontrahent.[2]) Der Haftung ist er auch unterworfen, wenn die Geschäftsfirma seinen Namen enthält; entweder besteht sie lediglich aus seinem Namen, dann erscheint er als der Geschäftsinhaber und alleinige Kontrahent, oder sie besteht aus seinem Namen mit einem Gesellschaftszusatz, oder aus seinem und des eigentlichen Geschäftsinhabers Namen, in beiden Fällen erscheint er als Offener Gesellschafter und haftet Dritten wie ein solcher, direkt, illimitirt und solidarisch. Alles aber nur unter der Voraussetzung, dass die Geschäftsfirma solche Zusammensetzung mit seiner ausdrücklichen oder stillschweigenden Zustimmung trägt.[3]) Hätte der Geschäftsinhaber ihr ohne seine Genehmigung solche Form gegeben, dann würde der Stille Gesellschafter nicht in obiger Weise haften, selbst die Annahme seiner stillschweigenden Einwilligung wäre ausgeschlossen, wenn er öffentlich erklärt hätte, der Geschäftsinhaber führe die seinen eigenen Namen enthaltende Firma ohne seine Genehmigung.

II. In Nachahmung einer für die Offene Handelsgesellschaft geltenden Rechtsnorm hat das A. d. H.G.B. die mit dem sonstigen Bau der Stillen Gesellschaft keineswegs harmonirende Bestimmung getroffen, dass des Stillen Gesellschafters Gläubiger, die nach fruchtlos vollzogener Zwangsvollstreckung in sein sonstiges Vermögen die Zwangsvollstreckung in das ihm bei dereinstiger Auflösung der Stillen Gesellschaft zukommende Guthaben erwirkt haben, berechtigt sind, es mag die Stille Gesellschaft auf bestimmte oder auf unbestimmte Dauer eingegangen sein, behufs ihrer Befriedigung nach vorgängiger Aufkündigung die Auflösung der Stillen Gesellschaft zu verlangen. Die Kündigung muss mindestens sechs Monate vor Ablauf des Geschäftsjahres geschehen.[4])

---

[1]) H.G.B. Art. 251. Vgl. oben S. 736 f.

[2]) H.G.B. Art. 257. Vgl. oben S. 736.

[3]) S. v. Hahn, Commentar zu Art. 257 u. Not. 1. R.O.H.G. XXIII S. 54, anders Thöl a. a. O. § 111 Not. 21.

[4]) H.G.B. Art. 263 u. 126.

Diese Bestimmung begünstigt die Gläubiger des Stillen Gesellschafters über das gewöhnliche Recht hinaus; sie mag in manchen Fällen zweckmässig sein, erscheint aber überflüssig, falls die in das Eigenthum des Geschäftsinhabers zu stellende Kapitaleinlage des Stillen Gesellschafters bereits baar gezahlt ist, da dann durch Veräusserung des dem Stillen Gesellschafter gegen den Geschäftsherrn zustehenden Forderungsrechtes,[5]) auch ohne Kündigung der Stillen Gesellschaft, also ohne in die wohlerworbenen Rechte des Geschäftsherrn einzugreifen, ein Befriedigungsobjekt für die Gläubiger des Stillen Gesellschafters gewonnen werden könnte.

III. Beobachteten wir soeben die Tendenz des A. d. H.G.B., die Gläubiger des Stillen Gesellschafters auf Unkosten des Geschäftsinhabers zu begünstigen, so zeigen andere Bestimmungen des Gesetzes umgekehrt das Bestreben, die Gläubiger des Geschäftsinhabers gegenüber dem Stillen Gesellschafter, der doch auch dessen Gläubiger ist, zu begünstigen,

Unter der Voraussetzung

1. dass Konkurs über das Vermögen des Geschäftsinhabers eröffnet worden ist und

2. dass der Geschäftsinhaber und der Stille Gesellschafter mit einander eine der folgenden Vereinbarungen traf:

a. die Stille Gesellschaft aufzulösen, oder

b. dass ohne Auflösung der Gesellschaft dem Stillen Gesellschafter seine vorhandene Einlage ganz oder zum Theil zurückgegeben werden solle[6]) oder

c. dass dem Stillen Gesellschafter sein Antheil ganz oder zum Theil erlassen sein solle und

3. dass diese Vereinbarung noch innerhalb eines Jahres vor Eröffnung des Konkurses getroffen und ausgeführt wurde,[7]) sollen die Konkursgläubiger bzw. nach der R.K.O. der Konkursverwalter,[8]) ohne Weiteres die Befugniss haben, jene Verabredungen anzufechten, um

α. in den Fällen a u. b den Stillen Gesellschafter anzuhalten, das was er als Einlage so zurückgezahlt[9]) erhielt, in die Konkursmasse wieder einzuzahlen, unbeschadet seines Rechts, die in dem Zeitpunkt der Auflösung ihm aus dem Gesellschaftsverhältniss zustehende Forderung als Konkursgläubiger geltend zu machen. Die Stille Gesellschaft selbst wird nicht wieder ins Leben gerufen.[10])

β. In dem Falle c die Unwirksamkeit des Erlasses zu erreichen.

Die Konkursgläubiger, bzw. der Verwalter dringen mit der Anfechtung

---

[5]) Vgl. oben S. 743. R.C.Pr.O. § 743.

[6]) Vgl. v. Hahn, Commentar zu Art. 259 § 11 u. 10.

[7]) Erfolgt Vereinbarung und Auflösung oder auch nur die Vereinbarung der Auflösung vor Beginn dieses Jahres, so haben die Konkursgläubiger das Anfechtungsrecht des Art. 259 nicht. Vgl. die freilich nicht so weit gehende Ausführung v. Hahn's a. a. O.

[8]) R.K.O. § 29.

[9]) Darüber, was unter Zahlung hier zu verstehen vgl. v. Hahn a. a O. § 7 f. u. R.O.H.G. XIV S. 92 ff.

[10]) S. v. Hahn a. a. O.

jedoch nicht durch, wenn der Stille Gesellschafter beweist, dass der Konkurs in Umständen seinen Grund hat,[11]) welche erst nach dem Zeitpunkt der Auflösung, der Zurückzahlung oder des Erlasses eingetreten sind.[12])

Wesentliche Ergänzung, ja zum Theil weit über sie hinausgehende Rechte gewähren den Gläubigern die beiden hier einschlägigen neuen Reichsgesetze: das Gesetz betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners ausserhalb des Konkursverfahrens, vom 21. Juli 1879 und die Reichskonkursordnung.[13]) Ihre Fortdauer ist den eben genannten Bestimmungen des A. d. H.G.B. trotz dieser neuen Reichsgesetze ausdrücklich durch das Einführungsgesetz zur R.K.O., § 3, gewahrt worden.

Der Anfechtungsmittel welches dieser Gesetze die Gläubiger sich bedienen wollen, hängt — die Existenz der Vorbedingungen vorausgesetzt — soweit nicht Recht und Pflicht des Konkursverwalters eingreift,[14]) von ihrem Belieben ab.

§ 142.

3. Die Bekanntmachung der Stillen Gesellschaft.

I. Bereits **vor dem A. d. H.G.B.** besprach die **Literatur** vielfach die Frage, ob und welche Wirkungen die Publikation der Stillen Gesellschaft auf das Rechtsverhältniss des Stillen Gesellschafters zu den Geschäftsgläubigern äussere. Veranlassung hierzu bot vornehmlich die obligatorische Registrirung der Kommanditgesellschaft im französischen Recht.

Selbstverständlich mussten die Antworten hier in gleicher Weise von einander abweichen, wie die Auffassungen, welche man von dem juristischen Karakter der Stillen Gesellschaft selbst hatte. Wer in der Stillen Gesellschaft lediglich eine Modifikation der Offenen Handelsgesellschaft sah,[1]) hielt die Registrirung und Publikation des Verhältnisses für die nothwendige Voraussetzung der Limitation in der Haft des Stillen Gesellschafters und nahm folgeweise an, dass bei Unterlassung von Registrirung und Publikation der Stille Gesellschafter oder Kommanditist den Geschäftsgläubigern eben so illimitirt wie jeder andere Offene Gesellschafter haftet.[2])

Andere,[3]) die die Stille Gesellschaft zwar ebenfalls als eine echte, d. h. gegenseitige Handelsgesellschaft wie die Offene Handelsgesellschaft auffassten, aber eine direkte Verpflichtung des Stillen Gesellschafters gegenüber den Geschäftsgläubigern nicht annahmen, und diese Nichtobligirung auf die Heimlichkeit, das Nichtbekanntsein des Gesellschaftsverhältnisses zurückführten, liessen gerade umgekehrt die Stellung des Stillen Gesellschafters durch die Publikation

---

[11]) Zu beurtheilen, in welchen Umständen der Konkurs seinen Grund hat, bleibt dem Ermessen des Richters überlassen. Vgl. v. Hahn a. a. O. § 13—15.

[12]) H.G.B. Art. 259.

[13]) R.K.O. § 22—34.

[14]) S. R.K.O. § 29.

[1]) Vgl. oben S. 729.

[2]) Vgl. H.G.B. Art. 163.

[3]) Vgl. oben S. 728 f.

des Verhältnisses verschärft werden; der Stille Gesellschafter sollte nun den Geschäftsgläubigern direkt, wenngleich nur limitirt, haften.[4])

Die Anhänger der französischen société en commandite [5]) gaben der Eintragung und Publikation nur den Karakter einer justizpolizeilichen Präventivmassregel gegen betrügerische Benachtheiligung der Geschäftsgläubiger durch den Stillen Gesellschafter und den Geschäftsherrn mittelst Hinterziehung der Einlage des ersteren. [6])

Ein Theil der die Stille Gesellschaft behandelnden Autoren endlich, unter ihnen besonders die, welche ihr jeden Gesellschaftskarakter absprechen, berühren unsere Frage gar nicht; bei einigen mag das Schweigen ein Ausdruck dessen sein, dass sie die Publikation für gleichgiltig achten. [7])

II. In den **Vorarbeiten des A. d. H.G.B.** tauchten alle diese Ansichten wieder auf, doch kam die **Publikation** der Gesellschaft offiziell zunächst ausschliesslich als **Form für die Errichtung der Gesellschaft** in Betracht, und erst später entwickelte sich hieraus unvermerkt die ganz andere Frage, welche Wirkung einträte, wenn die bereits rechtsgiltig errichtete Stille Gesellschaft kundgemacht werde.

Der ganz die französische société en commandite rezipirende **preussische Entwurf** forderte obligatorische Eintragung und Publikation; ihn leiteten folgende Motive [8]): „Für die Sicherheit des Verkehrs ist es durchaus nothwendig, dass die Stille Gesellschaft als eine solche nach aussenhin erkennbar gemacht und dass zu diesem Zwecke der Vertrag über ihre Errichtung mindestens schriftlich geschlossen und veröffentlicht wird. Das Publikum hat ein erhebliches Interesse daran, zu wissen, ob eine Stille Gesellschaft besteht oder nicht. Die Handlungsgläubiger sind wesentlich dabei betheiligt, dass der Stille Gesellschafter, durch dessen Einlage der Umfang des Handelsunternehmens und der Kredit des persönlich haftenden Gesellschafters erweitert worden ist, zu einer späteren Zeit nicht da als Gläubiger auftritt, wo er als Gesellschafter an dem Verluste Theil zu nehmen verpflichtet ist. Die Leichtigkeit, mit welcher bei formlosen Kommanditverträgen derartige Betrügereien ausgeführt werden können und erfahrungsmässig ausgeführt worden sind, macht es der Gesetzgebung zu einer unabweissbaren Pflicht, durch geeignete Formenvorschriften, den Gesellschaftsgläubigern Schutz zu gewähren. Zu diesem Zwecke ist es nothwendig, dass Anfang und Ende des Gesellschaftsverhältnisses und die Höhe des eingelegten Kapitals des Stillen Gesellschafters auf eine für Dritte erkennbare und unverrückbare Weise festgestellt und den verborgenen Umtrieben zwischen dem Komplementar und dem Stillen Gesellschafter entzogen wird."

Nichteintragung soll Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages unter den Gesellschaftern — nicht auch Dritten gegenüber — nach sich ziehen. [9])

---

[4]) Vgl. Prot. 1078 Beilage A §§ 3 u. 4.

[5]) Vgl. oben S. 729.

[6]) Code de com. Art. 42 III.

[7]) Vgl. oben S. 729 Not. 2 und Protokolle S. 1170.

[8]) Preuss. Entw. Art. 144—146 u. Motive S. 76 f.

[9]) Preuss. Entw. Art. 146 u. Code de com. Art. 42.

Der **österreichische ministerielle Entwurf** schloss sich der ersten der vorhin genannten Richtungen an, er forderte in Anlehnung an das ältere österreichische Recht [10]) Eintragung jeder Handelsgesellschaft, deshalb auch der Stillen Gesellschaft; Nichteintragung, genauer Nichtbezeichnung der Stillen Gesellschafter als solcher sollte sie dritten Personen gegenüber derselben Haft unterstellen, wie die Offenen Gesellschafter. [11])

Die **Nürnberger Kommission** nahm als Basis ihrer Berathungen den preussischen Entwurf, bei der Stillen Gesellschaft wandte sie sich aber schon in der ersten Lesung gegen das von diesem adoptirte französische Recht, sie verwarf die Präventivmassregel der Registrirung und Publikation: „Das Verhältniss der Gesellschaft werde der Natur der Sache gemäss nach aussen nicht bekannt gemacht, es werde also dadurch auch Niemand veranlasst, dem Komplementar mehr Kredit zu geben, als dann, wenn er allein stünde. Es sei ganz unstatthaft, wenn man zwei Kontrahenten zwingen wolle, ihren Vertrag schriftlich zu errichten blos zur Sicherheit dritter Personen, und dies geschehe dann, wenn man die Theilnehmer einer Stillen Gesellschaft, von denen nach aussen der Komplementar ganz allein als betheiligt erscheine, während das Gesellschaftsverhältniss nur unter ihnen selbst eine Bedeutung habe (weshalb diese Gesellschaft oft auch „vertrauliche Gesellschaft“ heisse), zwingen wolle, ihren Vertrag schriftlich, und wohl gar durch Eintragung in das Handelsregister öffentlich zu machen, blos um dadurch eine Entstellung des wahren Sachverhaltes gegenüber den Gesellschaftsgläubigern zu verhindern. Ein solches betrügliches Verfahren werde ja schon durch die Handelsbücher ferne gehalten, sofern man nicht auch annehmen wolle, dass diese gefälscht seien, denn aus diesen werde sich der Bestand des Gesellschaftsverhältnisses sofort ergeben. Wo aber die ausgeprägte Absicht zu betrügen vorliege, da werde entweder die Furcht vor der Strafe oder gar kein anderes Mittel wirken. [12]) Selbst die fakultative Eintragung wurde verworfen: „man solle das Gericht nicht zum blossen Vermittler von Nachrichten machen, wollten die Gesellschafter durch Darlegung der Gesellschaftsverhältnisse einen Einfluss auf die Erhöhung des Kredits üben, so hätte sie, um diesen Zweck zu erreichen, Mittel und Wege genug z. B. Zirkulare u. s. w. [13])

Die Redaktionskommission der ersten Lesung stellte gemäss der ihr gewährten Vollmacht den preussischen Entwurf mit wenigen Aenderungen wieder her. [14]) In der zweiten Lesung trat jedoch der Gedanke auf, nicht mehr darüber zu streiten, ob man die sog. neue Stille Gesellschaft d. h. die société en commandite oder die sog. alte deutsche Stille Gesellschaft in den Gesetzesentwurf aufnehmen wolle, sondern beide anzuerkennen. Der Abgeordnete, der dieser Idee zuerst Ausdruck gab und entsprechende Anträge stellte, forderte Regis-

---

[10]) S. oben S. 722.
[11]) Entw. §§ 79, 82 b u. 88. Der revidirte österreichische Entwurf schweigt hierüber.
[12]) Protokolle S. 290 ad 1 u. 293.
[13]) Protokolle S. 292 ad 4.
[14]) S. Entwurf I Les. Art. 146. Protokolle Bd. II Anhang S. XXI.

trirung und Publikation für Errichtung und Aufhebung der neuen Stillen Gesellschaft, verwarf sie aber für die alte deutsche Stille Gesellschaft, letztere solle formlos sein: „Dabei biete nur die Frage eine erhebliche Schwierigkeit, unter welchem Präjudize die Eintragung der neuen Stillen Gesellschaft vorgeschrieben werden solle. Das Präjudiz der Nichtigkeit wolle die Versammlung mit Recht nicht, und Ordnungsstrafen seien ganz bedeutungslos. Man habe demzufolge nur die Wahl zu sagen, die Wirkung einer Unterlassung der Eintragung sei die. dass der neue Stille Gesellschafter ganz in das untergeordnete Verhältniss eines alten Stillen Gesellschafters trete, oder zu sagen, dass er dem Publikum wie ein Offener (also direkt, solidarisch und illimitirt) hafte, sobald in irgend einer Weise die Existenz eines auf die Begründung dieses neuen Institutes gerichteten Willens konstatirt sei. Dies könne freilich prozessualisch schwierig sein, weil ein solcher Wille häufig nicht mit voller Deutlichkeit hervortrete, doch aber sei ein Beweis seiner Existenz (z. B. durch die Handelsbücher) nicht unmöglich, und es sei Sache desjenigen, der seinen Kredit darauf stütze, sich der Möglichkeit eines Beweises zu versichern. Das Präjudiz der Haftung wie ein Offener Gesellschafter sei ohne Zweifel das richtigere, weil es dem Willen entspreche, wie ihn das Prinzip dieses Institutes voraussetze. Wer eine wirkliche Gemeinschaft des Fonds und eine wirkliche Gesellschaftsfirma wolle, stehe dem Offenen Gesellschafter am nächsten.“ [15])

Später brachte derselbe Abgeordnete einen diesen Ausführungen und den Konferenzbeschlüssen erster Lesung entsprechenden Spezialentwurf der alten deutschen Stillen Gesellschaft ein, [16]) den die Konferenz zur Basis ihrer weiteren Berathungen zweiter Lesung machte. [17])

Während Registrirung und Publikation als Form der Errichtung der Kommandit- oder Stillen Gesellschaft besprochen worden war — eine Funktion, die ihr für die neue Stille Gesellschaft, oder heutige Kommanditgesellschaft auch zugestanden worden ist [18]) — betrachtete man sie bei der alten Stillen Gesellschaft jetzt auf einmal von einer ganz andern Seite; es taucht nun die Frage auf, **welche materielle Wirkung hat es, wenn die formlos zu errichtende und rechtsgiltig errichtete alte Stille Gesellschaft** von dem Stillen Gesellschafter oder mit seinem Willen **öffentlich bekannt gemacht ist?** [19]) Der Spezialentwurf selbst und die Berathungen lassen folgenden Gedankengang erkennen: Die alte deutsche Stille Gesellschaft ist eine Gesellschaft wie die Offene Handelsgesellschaft, eine gegenseitige Handelsgesellschaft, aber ihrem Wesen nach eine geheime, Dritten unbekannte Gesellschaft, und wirkt desshalb in keiner Weise bestimmend auf den Dritten bei seinem Geschäftsverkehr mit dem Geschäftsinhaber ein, folglich muss es dem Geschäftsinhaber jederzeit frei stehen, dem zustimmenden Stillen Gesellschafter die Einlage, sei es mit, sei es ohne Auflösung des Gesellschafts-

---

[15]) Protokolle S. 1032 f.
[16]) Protokolle S. 1081 Anlage C. Nr. 1—13.
[17]) Protokolle S. 1078.
[18]) H.G.B. Art. 151 ff. u. 163.
[19]) Protokolle S. 1082 Nr. 12 II.

verhältnisses zurückzuzahlen, und umgekehrt dem Stillen Gesellschafter, sie in entsprechender Weise zurückzunehmen. Das ändert sich aber sobald die Stille Gesellschaft kundgemacht worden ist, denn solche Bekanntmachung verleitet Dritte, dem Geschäftsinhaber aus Rücksicht auf die Einlage des Stillen Gesellschafters erhöhten Kredit zu gewähren, folglich muss zu Gunsten der Geschäftsgläubiger jene Freiheit, das Gesellschaftsverhältniss zu ändern oder aufzuheben beschränkt resp. rechtlich unschädlich gemacht werden. Desshalb wurde vorgeschlagen: Der Stille Gesellschafter haftet bis zum Belauf der zurückgezahlten oder erlassenen Einlage demjenigen Handlungsgläubiger, welchem er die Stille Handelsgesellschaft angezeigt hat, und allen Handlungsgläubigern, wenn die Stille Gesellschaft von ihm oder mit seinem Willen öffentlich bekannt gemacht worden ist. Jedoch findet diese Haftung für diejenige Schuld nicht Statt, welche zu einer Zeit kontrahirt worden ist, wo der Gläubiger die Zurückzahlung oder den Erlass der Einlage bereits kannte.[20])

Diese limitirte Haft des Stillen Gesellschafters, welche den Geschäftsgläubiger gegen betrügerische Auflösung der Gesellschaft oder betrügerisches Rückziehen der Einlage schützen sollte, hätte nur im Falle der Insolvenz des Geschäftsinhabers Platz greifen können, und in Erkenntniss dessen ersetzte ein neuer Entwurf der Redaktionskommission sie durch ein anderes „Remedium“, durch eine erweiterte Actio Pauliana: „Ist innerhalb des Zeitraums eines Jahres vor Eröffnung des Konkurses einem Stillen Gesellschafter sein Antheil am Vermögen ausgeliefert oder seine Einlage zurückgezahlt oder erlassen worden, so ist derselbe verpflichtet, den erhaltenen oder erlassenen Betrag zur Befriedigung der Gläubiger in die Konkursmasse einzuzahlen.“ [21])

Der Frage, welche Wirkungen die Kundmachung der alten Stillen Gesellschaft mit sich führe, gedenkt der Redaktionsentwurf deshalb richtiger Weise auch gar nicht mehr, in seinen Motiven aber äussert er sich dahin: „Die Neue Stille oder Kommanditgesellschaft ist lediglich eine veröffentlichte alte deutsche Stille Gesellschaft, nur insoweit noch merkantilisch ausgebildet, dass ihr eine Firma und Eigenthum verliehen ist.“ [22]) „Soviel die öffentlich (d. h. allgemein) bekannt gemachte (alte) Stille Gesellschaft betrifft, so würde es erforderlich sein, das nähere Kriterium dieser Veröffentlichung aufzustellen. Durch unsern Entwurf ist aber an Stelle der Zirkularien u. s. w. bei den Prokuristen, der Firma u. s. w. als juristisches und allgemein gültiges Kriterium der Veröffentlichung gerade das Handelsregister aufgestellt. Die Veröffentlichung der deutschen Stillen Gesellschaft trifft also systematisch und konsequent mit der Eintragung in das Handelsregister (der Entstehung der Kommanditgesellschaft) zusammen. —“ „Soviel dann die blosse Bekanntgebung der Stillen Gesellschaft an einzelne Personen betrifft, so erscheint es sehr unzuträglich, derselben be-

---

[20]) Protokolle S. 1082 Nr. 12, 1091 u. 1093.

[21]) Protokolle S. 1144 u. 1151 ff. Anlage A Art. 9 verglichen mit Nr. 12 der vorigen Note, besonders aber S. 1159 und oben S. 746.

[22]) Protokolle S. 1158.

sondere Wirkungen beizulegen." [23]) „Daraus, dass ein Stiller Gesellschafter irgend einem einzelnen Andern von seiner Betheiligung Kenntniss gibt, folgt seine Verpflichtung, mit seiner Einlage zu haften, oder ein Kreditmandat an und für sich nicht. Es rechtfertigt sich legislatorisch, dazu das Eingehen in einer unzweideutigen Rechtsform zu verlangen, welche so geregelt ist, dass die entstehenden Rechtsverhältnisse eine fürs Allgemeine zuträgliche Gestaltung erhalten. Dies ist die Eintragung im Handelsregister zum Institut der Kommanditgesellschaft. Der Dritte ist sicher und hat paraten Beweis, wenn diese Eintragung geschieht, und er mag sie verlangen; wird sie nicht beliebt, so mag man durch unzweideutigen Vertrag sich verbürgen. Ein bloses Nebeneinanderbestehen der beiden Institute sowohl der Kommanditgesellschaft, als einer sonst veröffentlichten Stillen Gesellschaft, mit einer allgemein rechtlichen Wirkung dieser Veröffentlichung im Verhältniss zu dritten Personen dürfte nur als Superfötation zu betrachten sein, und sich in keiner Weise empfehlen." [24])

Obwohl diesen Ausführungen von mehreren Seiten beigepflichtet wurde, [25]) drangen sie doch nicht durch; hauptsächlich wurde gegen sie eingewendet: „sie widerstrebten der allgemeinen Auffassung des Handelsstandes, da man kaum einem Kaufmanne werde begreiflich machen können, dass er nicht berechtigt sei, auf Bekanntmachungen durch Zirkulare irgend ein Gewicht zu legen." [26]) Diese Aeusserung zeigt auf das karakteristischste, dass man die eigenthümliche Gestaltung der alten Stillen Gesellschaft gänzlich ausser Augen lassend, sich ganz abstrakten Theorien überliess. Eine speziell der Stillen Gesellschaft angemessene Antwort war fortan unmöglich, endlich entschloss man sich denn auch dazu, die nach Statuirung des Art. 259 völlig überflüssiger Weise noch aufrecht erhaltene Frage unbeantwortet zu lassen: „denn wenn von jetzt an Jemand für seine nicht offene Betheiligung an einer Gesellschaft eine Veröffentlichung wolle, so lasse sich erwarten, dass er die Bildung einer Kommanditgesellschaft und die Veröffentlichung durch das Handelsregister wählen werde, wähle er aber diesen Weg nicht, so müsse man zwischen den verschiedenen Arten von Mittheilungen unterscheiden. Während einer Publikation durch Zirkulare und dergl. allerdings rechtliche Wirkungen beigemessen werden müssten, könne man gewiss einer blos gesprächsweise vorgekommenen Mittheilung unter Freunden keine Folge geben. Allein diese verschiedenen Arten von Veröffentlichungen im Gesetze zu erledigen, sei unthunlich, da diese Veröffentlichungen selbständige, vom Gesellschaftsvertrage ganz unabhängige Thatsachen seien, deren Wirkungen nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen beurtheilt werden müssten." [27])

Lediglich um hervorzuheben, dass der Kundmachung von Rechtsverhältnissen die ihr sonst etwa innewohnenden Wirkungen nicht ausnahmsweise bei der Stillen Gesellschaft entzogen seien, fand die Bestimmung: „Ob und inwieweit

---

[23]) Protokolle S. 1160.
[24]) Protokolle S. 1161.
[25]) Protokolle S. 1170.
[26]) Protokolle S. 1170.
[27]) Protokolle S. 1170 f. u. 1173 f.

eine rechtliche Wirkung zu Gunsten dritter Personen eintritt, wenn durch einen Stillen Gesellschafter oder mit dessen Willen das Vorhandensein der Stillen Gesellschaft kundgemacht wird, ist nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu beurtheilen" als Art. 260 Aufnahme in das A. d. H.G.B.

III. Die Kommanditgesellschaft ist entgegen der in den Protokollen und sonst geäusserten Ansicht nicht lediglich eine publizirte Stille Gesellschaft, [28]) daher auch kann Publikation eine Stille Gesellschaft nicht zur Kommanditgesellschaft erheben; beide Gesellschaftsformen sind trotz zum Theil gleicher wirthschaftlicher Funktion absolut heterogene Rechtsinstitute, in ihrer inneren juristischen Konstruktion von einander verschieden wie schwarz und weiss, wenngleich Kommanditist und Stiller Gesellschafter darin übereinstimmen, dass sie zu den Gesellschaftsgläubigern in gar keinem direkten Konnex stehen und den etwaigen Geschäftsverlust höchstens mit ihrer ganzen Einlage tragen.

An eine derartige Wirkung der Publikation hat die Gesammtheit der Kommission, wie die obigen Ausführungen ergeben, bei Art. 260 des H.G.B. denn auch gar nicht gedacht, doch glaubte sie, dass die Publikation den Stillen Gesellschafter in irgend ein selbständiges direktes Obligationsverhältniss zu den Geschäftsgläubigern setze. Die Protokolle enthalten desbezüglich zwei Andeutungen. Nach der einen sollen Geschäftsinhaber und Stiller Gesellschafter durch die Publikation in ihrer Freiheit, die Einlage des letzteren ganz oder theilweise, sei es mit oder ohne Auflösung der Gesellschaft, zurückzuzahlen resp. zu nehmen, zu Gunsten der Geschäftsgläubiger beschränkt werden. [29]) Diese Ansicht hängt mit dem oben besprochenen Streben zusammen, die Geschäftsgläubiger gegen betrügliches Rückziehen der Einlage des mit dem Geschäftsinhaber unter einer Decke spielenden Stillen Gesellschafters zu schützen, ein Ziel, das bereits durch Art. 259 des A. d. H.G.B. und zwar weit intensiver und sicherer erreicht worden ist; [30]) da dessen Bestimmungen eingreifen, mag die Stille Gesellschaft publizirt worden sein oder nicht, so darf man von diesem Gesichtspunkte aus den Art. 260 für überflüssig halten.

Nach der zweiten Andeutung soll die Publikation ein mandatum qualificatum, ein Kreditmandat des stillen Gesellschafters an Dritte enthalten. Aber nirgends findet sich ein allgemeiner Rechtsgrundsatz, welcher der reinen Publikation eines bestehenden Rechtsverhältnisses eine solche Wirkung beilegt. [31]) Art. 260 ist deshalb streng genommen auch in dieser Beziehung überflüssig.

Höchstens können andere, die Publikation nur begleitende, und besonders oder in der Publikation selbst zum Ausdruck gelangende Momente ein Kreditmandat erzeugen.

Diese Momente, diese Absicht des Stillen Gesellschafters, ein Kreditmandat zu ertheilen, müsste der Gläubiger des Geschäftsinhabers stets nachweisen;

---

[28]) S. oben S. 747 ff. Auerbach, Gesellschaftswesen § 32 ff. bes. § 38. Vgl. Endemann, Lehrbuch § 54 Nr. 14.

[29]) S. oben S. 750 f.

[30]) S. oben S. 751, die Citate zu Not. 21 und H.G.B. Art. 259.

[31]) S. v. Hahn, Commentar zu 260 § 11. Anschütz a. a. O. zu Art. 260 S. 560.

sicherlich häufig genug eine äusserst schwierige Aufgabe. — Zu weit geht m. E. die Ansicht, dass eine „öffentliche", z. B. durch Anschlag an der Börse, Cirkulare oder Zeitungsanzeige abgegebene Erklärung des Stillen Gesellschafters, mit dem Kaufmann N. N. in Stiller Gesellschaft zu stehen stets — sofern nicht das Gegentheil ausdrücklich gesagt ist, oder aus den Umständen mit Evidenz hervorgeht — nur in der Absicht ein Kreditmandat zu ertheilen erfolgt sein kann,[32]) so dass der Dritte nur solche öffentliche Erklärung des Stillen Gesellschafters nachzuweisen braucht.

Wenn nun in einem Falle dem Stillen Gesellschafter wirklich die Absicht, ein Kreditmandat zu ertheilen, und damit die Existenz des letzteren nachgewiesen wird, welcher Vortheil erwächst dem Gläubiger des Geschäftsinhabers daraus? In dem gewöhnlichen Kreditauftrage übernimmt der Auftraggeber die Gefahr eines von dem Mandatar einem Dritten zu ertheilenden Kredites, der Auftraggeber verbürgt sich für den Ersatz des Schadens, welcher dem Mandatar als Gläubiger durch Nichterfüllung von Seiten des Hauptschuldners vielleicht erwachsen werde. Die Verbindlichkeit des Stillen Gesellschafters dagegen soll nach allgemeiner Annahme nicht so weit gehen; erstens soll der Auftrag sich nur auf Kredit in Handelsgeschäften[33]) des Geschäftsinhabers erstrecken, zweitens soll die Bürgschaftsverbindlichkeit selbst limitirt sein: „Der stille Gesellschafter verspricht nicht, für den ganzen Verlust, welchen der Mandatar durch das mandirte Kreditiren erlitten hat, haften zu wollen. Er verspricht auch keineswegs Haftung bis zur Höhe des Betrages seiner Einlage.[34]) Er hat vielmehr das Mandat lediglich unter Bezugnahme auf die Existenz der Stillen Gesellschaft gegeben." So von **Hahn**;[35]) anders **Thöl**,[36]) „Den Sinn der Kundmachung kann man darauf beschränken: **es solle die Vermehrung des Handlungsfonds** nur die **Suffizienz des Handlungsfonds** erhöhen; oder dahin erstrecken: **sie solle auch bei** ausreichendem Handlungsfonds **für die Solvenz des Komplementars einstehen,** mithin den Handlungsgläubigern auch wegen der möglichen Privatschulden des Komplementars grössere Sicherheit geben. Das Letztere ist das Richtige." „Der Stille Gesellschafter haftet den Handlungsgläubigern nicht so, dass er mit seinem ganzen Vermögen einsteht, sondern in der Beschränkung, dass er nur mit den für ihn und gegen ihn vermittelst der eingezahlten und versprochenen Einlage begründeten Rechten einsteht." Die Resultate, die Beide daraus ziehen, weichen denn auch sehr von einander ab.

v. **Hahn** nimmt an: „Der Stille Gesellschafter verspricht lediglich, dafür

---

[32]) So v. Hahn, Commentar zu Art. 260 §§ 16—18. Thöl a. a. O. § 114 geht noch weiter als v. Hahn: „Durch die Benachrichtigung hat der Stille Gesellschafter erklärt, um den Kredit der Handlung zu erhöhen, dass die Einlage zur Befriedigung der Handlungsgläubiger dienen solle."

[33]) Bez. auf Kredit aus Geschäften, welche dem Handelszweige angehören, an dem der Stille Gesellschafter betheiligt ist. S. v. Hahn a. a. O. § 13.

[34]) So will es Anschütz a. a. O.

[35]) v. Hahn a. a. O. § 14. S. auch Freese, Die Kommanditgesellschaft und die Stille Gesellschaft. Inaugural-Diss. Greifswald 1877 § 8.

[36]) Thöl a. a. O. S. 382.

einzustehen, dass die Stille Gesellschaft in der angegebenen Weise zur Zeit der Erfüllung des mandirten Kreditgeschäfts fortbesteht. Der Mandant hat also nur, wenn und soweit dies nicht der Fall ist, den dem Mandatar dadurch erwachsenen Schaden zu ersetzen. Der Stille Gesellschafter hat durch die Erklärung weder die Verpflichtung übernommen, die durch den Verlust verminderte Einlage zu kompletiren, noch hat er auf sein Recht verzichtet, im Konkurs des Komplementars seine Einlage, so weit dieselbe den Betrag des auf ihn fallenden Antheils an Verlust übersteigt, geltend zu machen. Hiernach besteht die **Verpflichtung des Stillen Gesellschafters,** welcher über das Gesellschaftsverhältniss der Wahrheit entsprechende Erklärungen gemacht hat, nur darin, **weder ganz noch theilweise vom Gesellschaftsvertrage abzugehen.**"

Thöl hebt zuvörderst hervor — was aber auch aus der Darstellung von v. H. hervorgeht und selbstverständlich ist, — dass der Kreditauftrag Bedeutung für die Handlungsgläubiger nur in dem Falle erhält, dass der Inhaber des Handlungsgewerbes insolvent wird. Dann unterscheidet er drei Fälle.

a. Schon der Handlungsfonds reicht zur Deckung der Handlungsschulden nicht aus, aber der Stille Gesellschafter hat seine Einlage voll eingezahlt; alsdann hat er seine Einlage voll verloren, keine Schuld und kein Recht mehr gegen den Geschäftsinhaber und keine Schuld gegen die Geschäftsgläubiger. [37])

b. Der vorhandene Handlungsfond reicht zur Deckung der Geschäftsschulden nicht hin, aber die Einlage steht noch ganz oder zum Theil aus; der Geschäftsinhaber hat dann eine Forderung an den Stillen Gesellschafter auf Einzahlung, und diese Forderung steht nun seinen gesammten Gläubigern zu, den Handelsgläubigern und den Privatgläubigern. [38])

c. Der Handlungsfonds reicht zur Deckung der Handlungsschulden aus, aber Privatschulden des Geschäftsinhabers führen dessen Insolvenz herbei. Hatte der Stille Gesellschafter seine Einlagen voll eingezahlt, dann hat er nun gegen den Geschäftsinhaber ein Rückforderungsrecht des nicht im Geschäft verlorenen Theiles seiner zum Geschäftsbetrieb hingegebenen Einlage; das Recht auf diesen Betrag muss er seinen Kreditmandataren, also bei öffentlicher Bekanntmachung den sämmtlichen **Geschäftsgläubigern** — nicht auch den **Privatgläubigern** des Geschäftsinhabers zur Befriedigung ihres im Konkurse erlittenen Ausfalles überlassen. Hatte der Stille Gesellschafter seine Einlage noch nicht eingezahlt, so haben seine Kreditmandatare das Recht, Auszahlung direkt an sie zu verlangen. In beiden Fällen klagen die Geschäftsgläubiger gegen den Stillen Gesellschafter mit der Mandatsklage.

Thöl nimmt für dies die Kundmachung des Gesellschaftsverhältnisses begleitende Kreditmandat des Stillen Gesellschafters hiernach eine viel weitergehende Wirkung an, als v. Hahn, selbstverständlich kann der Stille Gesellschafter

---

[37]) Eine besondere Wirkung der Publikation ist hier nicht ersichtlich.

[38]) H.G.B. Art. 258 II u. 259 I u. II. Auch hier äussert die Publikation keine besonderen Wirkungen.

seinem Kreditauftrage so umfassenden Inhalt geben, wenn er es will, solchen aber stets oder auch nur in dubio anzunehmen, ist m. E. unzulässig.

In jedem Kreditmandat kann man drei Elemente beobachten: erstens die Aufforderung des Mandanten (A) an den Mandatar (B), einem Dritten (X) Kredit zu gewähren; zweitens die direkte oder indirekte Zusage des A an den B, ihm in einer bestimmten Weise für Befriedigung aus den Kreditgeschäften zu haften; drittens die Annahme beider Punkte durch X.[39])

Die blosse Publikation der Stillen Gesellschaft kann thatsächlich Dritte veranlassen, dem Geschäftsinhaber zu kreditiren, eine Aufforderung des Stillen Gesellschafters, seinem Geschäftsinhaber Kredit zu gewähren, kann nur in andern, die Publikation begleitenden Umständen, enthalten sein, desgleichen die Zusage, in einer bestimmten Weise für Befriedigung zu haften. Selbstverständlich gelangen die begleitenden Umstände besser in direkt auf das Ziel gerichteten Worten als in konkludenten Handlungen zu wirksamen Ausdruck. Eine ausdrücklich auf ein Kreditmandat gerichtete Kundmachung, z. B. ein Zirkular würde ganz ausführlich etwa folgenden Text haben:

. . . . theile ich (A) Ihnen (B etc.) hierdurch mit, dass ich laut Vertrag vom . . . . d. J. Stiller Gesellschafter des Herrn (oder der Firma) (X) geworden bin. Unser Gesellschaftsvertrag lautet:

(Folgen die einzelnen Paragraphen desselben.)

(Schluss.) Wollen Sie gütigst Herrn X in Ihrem gegenseitigen Geschäftsverkehr dem entsprechenden Kredit gewähren, wogegen ich Ihnen (B) ebenfalls dementsprechend haften werde.

Der Kreditmandant verspricht zu „haften“, bedeutet weiter nichts, als er verspricht, dass sein Vermögen die Mittel zur Befriedigung des Kreditgebers bieten soll. Die Haft trägt juristisch regelmässig die Form einer Obligation, aus welcher der Kreditgeber unmittelbar gegen den Kreditmandanten auf Befriedigung seiner vom Kredit empfangenden Hauptschuldner nicht bezahlten Forderung klagen und die Exekution in des Verurtheilten ganzes Vermögen vollstrecken lassen kann. Man darf hier von direkter Haft, oder, da diese Wendung von der heutigen juristischen Terminologie bereits für die „direkte Obligirung“ in Anspruch genommen ist, besser von Haft mit Obligirung zu direkter Zahlung sprechen. Es findet sich aber auch eine Haft mit Obligirung zu lediglich indirekter Zahlung, so z. B. dann, wenn der Kreditmandant Dritten (Kreditmandataren) gegenüber erklärt, er habe dem Kreditempfänger zugesagt, ihm die zur Bezahlung der auf Grund seines Kreditmandates erhaltenen Kredite erforderlichen Geldmittel zu geben, und verpflichte sich auch ihnen gegenüber, dies zu thun. Solch ein Kreditmandat ist zweifellos schwächer als das erste, denn des Kreditmandanten Verpflichtungen erlöschen hier, sobald er den Kreditempfängern einmal die zur Deckung der betreffenden Schuldbeträge genügende Summe ausgehändigt hat; ob diese die empfangenen Gelder auch wirklich zur Befriedigung der Kreditmandatare verwendet oder nicht, braucht ihn nicht mehr

---

[39]) Vgl. Thöl a. a. O. § 302 I 1.

zu kümmern. Die Eigenthümlichkeit dieses Kreditmandats tritt namentlich dann hervor, wenn das mandirte Kreditgeschäft ein ganz bestimmtes oder gar ein in seiner Höhe fixirtes, ein limitirtes ist. Nur wenig unterscheidet sich hiervon folgende Form des Kreditmandats, der Kreditmandant erklärt den Dritten, den Kreditmandataren gegenüber, er habe dem Kreditempfänger eine Summe von z. B. 30,000 M. gegeben, die dieser zur Befriedigung der Kreditmandatare verwenden dürfe. Letzteren hilft ein derartiges Kreditmandat ersichtlicherweise nur dann etwas, wenn jene 30,000 M. zur Zeit der Fälligkeit ihrer Forderungen resp. der Exekution bei dem Hauptschuldner noch vorhanden sind, daher darf der Kreditmandant vor Abwickelung der auf sein Kreditmandat hin mit dem Hauptschuldner abgeschlossenen Kreditgeschäfte jenes Kapital von 30,000 M. nicht wiedereinziehen; thut er es dennoch, so wird er seinen Kreditmandataren verantwortlich, und sie können nun auf Ersatz des wegen Nichterfüllung erlittenen Schadens klagen. Da von Schaden nur dann die Rede sein kann, wenn die Mittel des Hauptschuldners nicht hinreichen, um die Kreditmandatare voll zu bezahlen, kurz bei Konkurs, und die Höhe des Schadens aus dem Ausfall im Konkurse besteht, so würde dann der Ersatz darauf hinauslaufen, den gesammten Kreditmandataren eine den Ausfall bis zur Höhe von 30,000 M. deckende Summe behufs Vertheilung unter sich zu überweisen.

Man kann dem Kreditmandat noch engere Grenzen ziehen, so durch die Erklärung, man habe dem Kreditempfänger 30,000 M. geliehen, die er zum Theil, z. B. zur Hälfte, oder unter gewissen Voraussetzungen zur Befriedigung der Kreditmandatare verwenden dürfe. Und hierher gehört das an die Kundmachung der Stillen Gesellschaft sich anlehnende Kreditmandat. — Indem der Stille Gesellschafter bei Ertheilung des Kreditmandats sich auf die zwischen ihm und dem Kreditempfänger bestehende Stille Gesellschaft, also auf den Vertrag, resp. die Art. 250—265 des A. d. H.G.B. bezieht, sagt er den Kreditmandataren: der Empfänger Eures Kredits darf meine Einlage soweit zur Tilgung Eurer Forderungen verwenden, wie er mir die Einlage nicht zurückzuzahlen braucht, d. h. wie ich am Verlust seines Geschäfts theilnehme, und dies so lange, wie ich nicht unter Innehaltung der vertrags- resp. gesetzesmässigen Kündigungsfristen das Verkältniss mit ihm gelöst habe. Das ganze Kreditmandat läuft hier demnach auf die Zusage hinaus, an der bestehenden Stillen Gesellschaft nichts rechtswidrig zu ändern. Das tritt in vollster Schärfe namentlich dann hervor, wenn der Stille Gesellschafter am Verlust gar nicht theilnimmt.

Da Art. 259 des A. d. H.G.B. die Gläubiger des Geschäftsinhabers gegen jede innerhalb eines Jahres vor Eröffnung des Konkurses getroffene Rückzahlung der Einlage oder Auflösung der Stillen Gesellschaft weit schärfer schützt, als solch ein homöopathisches Kreditmandat, so kann letzteres den Kreditmandataren nur dann einen besonderen Vortheil bieten, wenn entweder der Gesellschaftsvertrag eine längere als einjährige Kündigungsfrist festsetzt, oder Art. 259 die Wirkung versagt, weil „der Stille Gesellschafter beweist, dass der Konkurs in

Umständen seinen Grund hat, welche erst nach dem Zeitpunkt der Auflösung, der Zurückzahlung oder des Erlasses eingetreten sind".[40])

Ganz analog dem eben besprochenen Falle liegt die Sache auch dann, wenn der Stille Gesellschafter und Kreditmandant die Einlage nicht von vornherein baar gezahlt hatte und zur Zeit des Konkurses noch schuldet.[41])

Aus Allem erhellt, dass Art. 260 des A. d. H.G.B. ziemlich unfruchtbarer Natur ist. Welche Rolle er im praktischen Leben spielt, ergibt sich schon daraus, dass er, obwohl wie geschaffen, Differenzen zu Prozessen zu treiben, trotz zwanzigjähriger Geltung des deutschen Handelsgesetzbuches noch nicht zu richterlicher Anwendung gekommen ist, wenigstens enthält keine der bekannten Sammlungen gerichtlicher Entscheidungen in Handelssachen einen desbezüglichen Fall.

---

[40]) H.G.B. Art. 259 IV.
[41]) H.G.B. Art. 258 II.

VII. Die Gelegenheitsgesellschaft.

Von Herrn Professor Dr. Lastig zu Halle.

§ 143.

I. Gelegenheitsgesellschaft kann man jede Gesellschaft betiteln, welche die Parteien nur zum Zweck einer oder mehrerer isolirter Handelsoperationen, nur gelegentlich schliessen. Das A. d. H.G.B. bezeichnet sie als „Vereinigungen zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung“, aber der Zusatz „für gemeinsame Rechnung“ ist unrichtig, denn er trifft nicht alle Formen der Gelegenheitsgesellschaft.[1]) Der von einigen Schriftstellern gewählte Ausdruck „Spekulationsverein“ oder „Spekulationsvereinigung“ ist ganz zutreffend, doch darf man ihn nicht etwa aus dem Grunde für besonders empfehlenswerth halten, „weil er das Wort Gesellschaft nicht hat, welches das A. d. H.G.B. hier absichtlich vermeidet, und das Wort Spekulation auf den Inhalt des gemeinsamen Unternehmens deutet“.[2]) Denn die karakteristischen Merkmale des Begriffes „Gesellschaft“ — nicht Handelsgesellschaft — zeigen sich auch hier.[3])

Die meisten Schriftsteller führen neben den besprochenen Bezeichnungen — von denen „Gelegenheitsgesellschaft“ die grösste Verbreitung gefunden hat — noch eine vierte[4]) an, „association en participation“.[5]) Association en participation aber ist der technische Ausdruck nur Einer Spezies der Gelegenheitsgesellschaft, den wir dem französischen Recht, speziell dem Code de commerce, der soviel benutzten Quelle des A. d. H.G.B. entlehnt haben. Ausser diesem Namen weisen auch einige unserer heutigen Rechtsnormen der Gelegenheitsgesellschaft auf das französische Recht zurück.

---

[1]) S. unten S. 767 f.

[2]) Thöl a. a. O. § 203 Not. 4.

[3]) Vgl. oben §§ 74 u. 75.

[4]) Die auch nicht selten gebrauchte Bezeichnung conto-meta-Gesellschaft resp. Geschäft, oder Gesellschaft à conto meta ist ganz zu verwerfen, da sie nur die Quote angiebt, zu welcher die einzelnen Genossen am Geschäft Theil nehmen. — Richtiger spräche man überdies von „conto sociale“ oder „conto a metà“.

[5]) Brinckmann a. a. O. § 65. Auerbach, Gesellschaftswesen § 109 u. Neues Handelsgesetz Abschn. XXI. Wolff in Busch Archiv XVIII S. 257. Anschütz a. a. O. zu Art. 266. Endemann a. a. O. § 73. Puchelt a. a. O. zu Art. 266 § 1. Keyssner a. a. O. zu Art. 266 § 1. Gareis a. a. O. § 24. Makower a. a. O. zu Art. 266 Not. 1.

II. Dies führt uns auf die **Geschichte der Gelegenheitsgesellschaft.**

A. Die **französische association en participation** ist nichts Anderes als die bereits oben (§ 138) besprochene Participatio. Diese bot die juristische Form für die Theilnahme nicht blos an dem Handelsgewerbe, sondern auch an den isolirten Handelsunternehmungen eines Andern. Der Geschäftsherr schliesst auch im zweiten Falle das Hauptgeschäft und alle Ausführungsgeschäfte in seinem eigenen Namen und für seine eigene Rechnung, trägt folgedessen die gesammten daraus resultirenden Rechte und Pflichten gegen Dritte, aber muss, resp. darf am Ende der Gesellschaft mit dem Particeps abrechnen. Der Particeps steht als solcher mit Dritten in gar keinem rechtlichen Konnex.

Beide Funktionen übte die Participatio auch noch in der zweiten Hälfte des siebzehnten Jahrhunderts gleicherweise in Italien[6]) und Frankreich aus. Da das A. d. H.G.B. sich mit seiner Normirung der Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften nur an das französische Recht anlehnt, überdies das italienische Recht die Participatio unverändert gelassen hat,[7]) bis auch bei ihm der Einfluss des Code de commerce sich geltend machte, so genügt es, hier lediglich das französische Recht zu berücksichtigen.

In den Werken des bekannten Jaques Savary [8]) führt die alte Participatio den Namen „société anonyme ou inconnue", und das nach der ausdrücklichen Erklärung des Autors deshalb, weil das Gesellschaftsverhältniss, da der Geschäftsherr, oder socius contrahens, stets in eigenem Namen handelt, den Dritten

---

[6]) Vgl. oben S. 712 ff., dazu noch Dec. Rot. Gen. dec. CXXIV u. CLXXVII.

[7]) Vgl. die Darstellung oben S. 712 ff. Dazu Azuni, Dizionario universale ragionato della giurisprudenza mercantile (Nizza 1786—1788) T. IV s. v. società e socj, § VI (obwohl auch er bereits die sofort zu erwähnende ältere französische Literatur benutzt) „La terza (sc. società) ha il nome di anonima perchè suole stabilirsi senza alcuna denominazione, nè corre sotto verun nome, poichè ciascuno de'socj lavora e negozia nel suo particolare col proprio nome, ma si rendono reciprocamente i conti de'profitti, e delle perdite fatte ch'essi dividono, e soffrono in comune. Queste società si formano il più sovente verbalmente, e senza scrittura; e siccome esse non hanno tal volta per oggetto che una sola intrapresa, così non durano che pel tempo necessario per fare la compra, o la vendita, o la divisione; laonde chiamansi anche tali società momentanee.

[8]) Jaques Savary, Le parfait négociant. Nouv. Ed. An VII (älteste Ausgabe von 1673) Part. II Liv. I chp. I (S. 346 u. 368 ff.) Il reste maintenant d'expliquer la troisième sorte de société que l'on appelle anonyme, qui se fait aussi parmi les marchands et négocians; elle s'appelle ainsi, parce qu'elle est sans nom et qu'elle n'est connue de personne, comme n'important en façon quelconque au public; tout ce qui se fait en la négociation, tant en l'achat qu'en la vente des marchandises, ne regarde que les associés chacun en droit soi, de sorte que celui des associés qui achete, est celui qui s'oblige et qui paye au vendeur: celui qui vend reçoit de l'acheteur, ils ne s'obligent point tous deux ensemble envers une tierce personne, il n'y a que celui qui agit qui est le seul obligé; ils le sont seulement réciproquement l'un envers l'autre, en ce qui regarde cette société. Il y en a qui sont verbales, d'autres par écrit, et la plupart se font par lettres missives que les marchands s'écrivent respectivement l'un à l'autre: les conditions en sont bien souvent breves, n'y ayant qu'un seul et unique article, et elles finissent quelquefois le même jour qu'elles sont faites.

unbekannt oder doch rechtlich gleichgültig bleibt. Sie dient auch hier noch beiden Funktionen.

Von dieser Gesellschaft unterscheidet Savary vier Species:

1. Die compte en participation: Ein Kaufmann in Marseille (A) hat Kenntniss von der Ankunft eines Schiffes aus Smyrna, und durch Einsicht der Kargoliste auch von dessen Ladung. Er möchte diese kaufen, aber nicht ganz mit eigenen Mitteln oder nicht ganz auf eigene Gefahr, er fragt deshalb bei einem Geschäftsfreunde (B) in Paris an, ob er an dem Unternehmen, am Ein- und Verkauf, theilnehmen wolle und zu welcher Quote. Erhält er zusagende Antwort, so kauft und verkauft er die Ladung in seinem Namen, und der Geschäftsfreund zahlt ihm nach dem Einkauf den auf seine Quote fallenden Betrag des Kaufpreises.

Nach dem Verkauf rechnet A mit seinem Geschäftsfreunde über Gewinn oder Verlust ab. Bisweilen wird die Sache auch so gemacht, dass der Geschäftsfreund den Verkauf der ihm gesandten Waaren in Paris in seinem eigenen Namen für Rechnung des A besorgt. Hier kreuzt sich dann die Abrechnung des A mit B und die Rechnungslegung des B an A. Es kommt auch vor, dass die eingekauften Waaren sofort naturaliter getheilt werden und jeder Gesellschafter seine Quote selber verwerthet. — Dann liegt nur eine Einkaufspartizipation vor.[9])

2. Mehrere, gleichzeitig die Messe besuchende Kaufleute verabreden, um die von ihnen gleicherweise gesuchten Waaren sich nicht gegenseitig zu vertheuern, dass Jeder, so weit und so gut ihm möglich, solche Waaren in eigenem Namen einkauft, alle Waaren dann zusammengeworfen und nach den festgesetzten Quoten oder Beträgen naturaliter getheilt werden sollen. Einen besonderen Namen gibt Savary dieser Spezies nicht.

3. Die Monopolgesellschaften, d. h. Verabredungen von Kaufleuten, die dieselbe Messe mit gleichartigen Waaren besuchen, dass keiner seine Waaren unter einem bestimmten Preise verkaufe. Ueber die Theilung des Gewinnes schweigt Savary.

4. Mehrere Kaufleute verabreden, eine bestimmte Quantität Getreide im Auslande zu kaufen, um es im Inlande zu verkaufen. Einer von ihnen führt das ganze Unternehmen in seinem Namen aus, der Gewinn wird proportional den Einlagen getheilt. Nur bei dieser Spezies spricht Savary hier von einer Gesellschaft „pour un seul achat seulement", einen besondern Namen führt er nicht an.[10]) In seinen weniger durchgearbeiteten Pareres[11]) nennt er die drei letzten Species société anonyme ou momentanée, im Gegensatz zur compte en participation.

Zum Schluss wird noch hervorgehoben, dass an solchen sociétés anonymes nicht blos Kaufleute, sondern auch Private theilnehmen.

---

[9]) Savary a. a. O. u. Pareres: par LII, LV, LXV.
[10]) Parfait négociant S. 371.
[11]) Part. LXV.

Diesen Ausführungen schliesst sich fast wörtlich der jüngere Savary [12]) an. Jousse in seinem bis in das dritte Dezennium unseres Jahrhunderts immer wieder neu aufgelegten Kommentar zur Ordonnance du commerce von 1673, die bis zum Code de commerce ungebrochen galt, führt nur die beiden ersten Spezies an und sagt, sie heissen auch sociétés momentanées, wenn sie sich lediglich auf ein isolirtes Handelsgeschäft beziehen. [13]) Bornier führt als Beispiel der société anonyme nur die vorhin an zweiter Stelle beschriebene Spezies an, den Ausdruck société momentanée kennt er nicht. [14]) Pothier, dessen Werke ihrer Zeit die französische Jurisprudenz vollständig beherrschten, stellt die Namen société anonyme ou inconnue und compte en participation ausdrücklich einander gleich. Abstrakter wie seine Vorgänger verfahrend, gibt er lediglich eine kurze, generelle Definition der société anonyme und hebt dann nur noch besonders hervor, dass man Eine Spezies von ihr auch société momentanée nenne, das angefügte Beispiel entspricht dem vorhin unter 2. gegebenen Falle. [15])

Besonderes Interesse bietet Pothier's Vergleich der société anonyme mit der société en commandite; der einzige Unterschied beider soll darin bestehen, dass dem kontrahirenden Gesellschafter gegenüber der associé inconnu illimitirt der associé en commandite dagegen nur limitirt, zur Deckung der Geschäftsschulden beizutragen, verpflichtet ist. Es sei hier davon abgesehen, ob dies ganz richtig ist, [16]) jedenfalls erhellt hieraus, dass die damalige Zeit das karakteristische Merkmal der société anonyme oder compte en participation nicht in der Vereinigung zu einem oder mehreren **isolirten** Handelsgeschäften fand, sondern in der juristischen Form der Vereinigung. [17])

Bis zum Beginn des 19. Jahrhunderts besass diese société anonyme ou compte en participation nur gewohnheitsrechtliche Normen, der Code de commerce ist das erste Gesetz, welches sie offiziell erwähnt, jedoch auch nur, um festzusetzen, dass sie der für die übrigen Gesellschaftsformen vorgeschriebenen Errichtungsformalitäten nicht bedarf.

Société anonyme hiess die Participatio in dem bisherigen französischen Recht, wie bereits bemerkt, deshalb, weil das Gesellschaftsverhältniss Dritten gegenüber nicht hervortritt, der Partizeps nicht obligirt wird. Dieser letzte Umstand trifft, wenngleich aus ganz andern Gründen, ebenfalls bei den Aktien-

---

[12]) Jaques Savary des Bruslons: Dictionnaire universel de commerce (ouvrage posthume) Nouv. Ed. Copenhague 1762, s. v. Société.

[13]) Nouveau commentaire sur les ordonnances de mois d'Août 1669 et Mars 1673 etc. par M. *** (ist Jousse) Nouv. Ed. Paris 1761 p. 42: et comme elles n'ont quelquefois pour objet qu'une seule entreprise, elles ne durent que le tems qu'il faut pour faire l'achat ou la vente, ou ac partage, le qui fait aussi qu'elles sont appellées sociétés anonymes.

[14]) Philippe Bornier, Ordonnance Louis XIV sur le commerce. Nouv. Ed. Paris 1767 p. 57.

[15]) Pothier (1699—1772). Traité du contrat de société. Nouv. Ed. par Hutteau Paris 1807 Nr. 61 ff.

[16]) Vgl. unten S. 771.

[17]) Pothier a. a. O. Nr. 63. S. auch Merlin: Repertoire universel et raisonné de jurisprudence (Paris 1815) s. v. société Art. IV. Société en participation, II.

gesellschaften zu, folgedessen nannte man auch sie sociétés anonymes.[18]) Um beide schon äusserlich zu unterscheiden, gab der Code de commerce der ersteren wieder ihren alten, damals nur nebenbei gebrauchten Namen association en participation zurück, die Bezeichnung société anonyme der Aktiengesellschaft reservirend.

Das materielle Recht der association en participation berührt der Code de commerce mit keiner Silbe,[19]) dieses ist also unverändert das alte geblieben, und das auch bezüglich des Punktes, ob man durch association en participation sich nur zu einem isolirten Handelsunternehmen, oder auch zu gewerbemässigem Betrieb von Handelsgeschäften verbinden kann. Der Code de commerce äussert sich hierüber direkt nicht, oder wenigstens nicht in genügender Schärfe.

Solange der strikte Beweis fehlt, dass der Gesetzgeber das bisherige Recht wirklich abzuändern beabsichte, muss man Bestimmungen, deren Worte eine zweifache Deutung vertragen, im Sinne des alten Rechts interpretiren, und hier das um so mehr, als die Gesetzeskommission [20]) selbst erklärt hat, in ihrem Entwurf nur das Recht der Ordonnance von 1673, späterer Gesetze und des geltenden Gewohnheitsrechts zu bringen. Trotzdem interpretirt ein Theil der französischen Schriftsteller und Gerichte die Worte „ces associations (en participation) sont relatives a une ou plusieurs opérations de commerce" dahin, dass sie nur ein oder mehrere isolirte, von vornherein genau präzizisirte Handelsunternehmungen umfassen.[21])

Bei näherer Betrachtung scheint es — eine desbezügliche Untersuchung fehlt noch —, dass die société anonyme, compte en participation oder association en participation in weit zahlreicheren Fällen die Form für gesellschaftliche Betheiligung an isolirten Handelsunternehmungen (sociétés momentanées) als an Handelsgewerben bildet, dass gesellschaftliche Betheiligungen der letzten Art sich schon seit dem 18. Jahrhundert, ja wahrscheinlich noch früher mehr und

---

[18]) Diese oberflächliche Terminologie veranlasste auch deutsche Schriftsteller, eine generelle anonyme oder unbenannte Gesellschaft anzunehmen, deren Spezies die Gelegenheitsgesellschaft und die Aktiengesellschaft sein sollten, oder gar die Aktiengesellschaft für eine blose Modifikation der Partizipation auszugeben. Leuchs a. a. O. § 191. Noback a. a. O. §§ 10 u. 9. Mittermaier a. a. O., IV. Aufl. §§ 503 u. 504. Poehls a. a. O. § 99. Morstadt in s. Kommentar z. Martens, Handelsrecht (Heidelberg 1849) § 25 C. In Frankreich wollte man aus demselben Grunde sogar die société en commandite als anonyme bezeichnen; s. z. B. Locré, Legislation civile commerciale et criminelle T. XI (Bruxelles 1837) p. 96. Troplong, Du contrat de société civiles et commerciales T. I (Paris 1843) Nr. 385.

[19]) Art. 47—50 verglichen mit Art. 39 ff.

[20]) Rapport présenté aux consuls de la république par le ministre de l'interieur (le 13 frimaire an X) Locré a. a. O. p. 3 oder Projet de Code du commerce (Paris 1802) p. XV.

[21]) Delvincourt: Institutes de droit commercial français (Paris 1810) T. I p. 30. Locré: Esprit du code de commerce T. I (Paris 1811) p. 198. Pardessus: Cours de droit commercial Ed. III T. IV (Paris 1825) Nr. 1046. Rogron: Code de commerce expliqué Ed. III (Bruxelles 1827) zu Art. 47. Persil: Des sociétés commerciales (Paris 1033) p. 228. Malpeyre et Jourdain: Traité des sociétés commerciales. Ed. augmentée en Belgique (Bruxelles 1836) Nr. 410. Bravard-Veyrières: Manual de droit

mehr die Form der Kommanditgesellschaft, Aktiengesellschaft und Kommanditaktiengesellschaft wählen. Vollständig eingebüsst hat die association en participation ihre zweite Funktion niemals.

In richtiger Würdigung dessen wenden sich andere Schriftsteller und Gerichte gegen jene, historisch unhaltbare, engere Auffassung. In den gleich auf die Publikation des Code de commerce folgenden Jahren scheint sie noch nicht aufgetreten zu sein,[22]) aber Troplong[23]) bekämpft sie bereits nachdrücklichst; an der Hand der Geschichte führt er treffend aus, wie die société momentanée, mit welcher die Gegenpartei die association en participation identifizire, lediglich „une branche" oder „une combinaison" der société oder association en participation sei, ferner wie diese ebenso die Betheiligung an gewerbmässig betriebenen, wie an isolirt unternommenen Handelsgeschäften umfasse, und ihre juristische Eigenthümlichkeit darin finde, dass der socius contrahens die Geschäfte in seinem eigenen Namen schliesse, folglich Dritten gegenüber allein berechtigt und verpflichtet sei, während seine Genossen den Dritten ganz unbekannt blieben, juristisch in keinen Konnex mit ihnen träten.

Die Ansicht Troplong's gewinnt in neuerer Zeit immer mehr Anhänger, unter denen besonders Bédarride, Lyon-Caen und Renault zu nennen sind.[24])

B. Dieselbe Kontroverse wie in Frankreich taucht auch in den Ländern auf, denen der Code de commerce und dessen Literatur zur Basis des eigenen Rechts oder Studiums ward. Dahin gehört von uns hier berührenden Ländern:

a. Zunächst **Italien**, dessen Handelsgesetzbuch die Frage jetzt aber richtig ordnet.[25])

---

commercial Ed. IV (Paris 1851) p. 79. Jules et Justinien Bourgeois: Guide théorique et pratique des sociétés commerciales actuelles (Paris 1864) § IX S. 112.

[22]) Vgl. Maugeret, Legislation commerciale T. I (Paris 1808) p. 71 u. 117 u. Merlin a. a. O.

[23]) Troplong a. a. O. Nr. 480—515, 692, 767, 781, 826, 855, 864.

[24]) Talon, Étude sur le contrat de société (Paris 1867) p. 251 (ziemlich farblos). Bédarride, Des sociétés Ed. II (Paris et Aix 1872) T. II Nr. 422—469. Lyon-Caen et L. Renault, Précis de droit commercial (Paris 1879) Nr. 519—533, 522: „Ce n'est nullement à l'objet de la société qu'il faut s'attacher pour distinguer les participations des autres sociétés. Sans doute, en général, les sociétés en participation ne durent que peu de temps et ont pour objet une ou plusieurs opérations bien déterminées. Mais cela n'est pas essentiel; il est possible qu'une association soit en participation, encore qu'elle s'applique à une branche entière d'industrie. Ce qui caractérise les participations, c'est que ce sont des sociétés occultes, en ce sens, qu'elles n'ont aucune existence à l'égard des tiers etc.

[25]) Reale, Del diritto commerciale (Pavia 1822) p. 61. Cesarini, Principii del diritto commerciale secondo lo spirito delle leggi ponteficie. T. I (Roma 1826) p. 126 ff. und Principii della giurisprudenza commerciale (Ed. II Macerata 1840) Lib. I cp. VIII § 19 ff. Toscano, Codice del commercio (Firenze 1844) Noten zu Art. 47 ff. Parodi, Lezioni di diritto commerciale T. II (Genova 1854) p. 82 f., 88 ff., 100 f., 115 f., 125 152 ff. u. 170 f. Codice di commercio del Regno d'Italia von 1865 Art. 177 ff., 177: L'associazione in partecipazione è quella con cui un commerciante dà ad una o più persone una partecipazione negli utili e nelle perdite di una o più operazoni, o anche del suo commercio. (Man beachte auch das suo; s. unten S. 767). Triaca, Elementi di

b. Dann **Belgien** welches die Kontroverse inzwischen ebenfalls bereits gelöst hat, und zwar dadurch, dass es die association en participation im Sinne der alten Participatio wieder herstellte — freilich nicht nach allen Richtungen — und neben sie noch eine association momentanée, genauer eine Gelegenheitsgesellschaft in einer der Offenen Handelsgesellschaft analogen Form einführte; [26]) hiermit geht es über das französische Recht hinaus, denn dessen association momentanée würde nur eine Spezies der alten Participatio sein.

c. Endlich **Deutschland**. Der französische Einfluss reicht hier auch in dieser Lehre bis in das XVII. Jahrhundert zurück. [27]) Da die Entwickelung der materiellen Rechtsnormen sich wesentlich an die Benennungen des Rechtsinstitutes anschliesst, so sei es gestattet, diese kurz aufzuzählen. Die oben genannte deutsche Ausgabe von Savary's Le parfait négociant (um 1673) übersetzt Savary's Worte getreu „Sozietät, genannt Anonime, das ist, die unter keinem Namen geschieht", resp. „Sozietät, welche man Anonime nennt, oder die keinen Namen hat"; an einer dritten Stelle bedient sie sich auch bereits der später gebräuchlicheren Bezeichnung „Anonime oder unbenannte Gemeinschaft. [28]) In Marperger's deutschem Auszuge von Savary's Pareres trifft man folgende Ausdrücke: par XXIII „Anonyme" oder „Gesellschaftsrechnung"; par LV. „Participationsrechnung"; par LXV „Anonyme" oder „sonder Nahm", „auch wohl Momantanée (kurze Zeit währende)".

Ganz Savary's Definition „der sociétes anonymes oder zu deutsch ungenannten oder unbekannten Gesellschaften" gibt auch Ludovici. [29])

Der Umstand, dass Marperger's Auszüge gerade Stellen widergibt, in denen von Vereinigungen zu einzelnen Handelsgeschäften die Rede ist, scheint spätere deutsche Schriftsteller [30]) veranlasst zu haben, diese Spezies als die normale oder gar einzige Form der sociétés anonyme oder société en participation anzusehen. So Tank-Engau, Musaeus, Leuchs, Bender, [31]) bei dem übrigens zuerst die heute

---

diritto civile e commerciale Ed. II (Milano 1876) Vol. II Lib. II Cap. IV, Sez. VIII. Vidari: Corso del diritto commerciale (Milano) Vol. II (1878) Nr. 557 u. Vol. III (1879) Nr. 1308—1359. — Der Entwurf eines neuen H.G.Buches schliesst sich dem jetzt geltenden Recht an.

[26]) Loi comprenant les litres I a IV Livre I du code de com. 15 decembre 1872 Art. 108—110 u. 125. Vgl. Sachs: Die Revision des Handelsrechts in Belgien in Zeitschr. f. H.R. XXI Beilageheft.

[27]) Vgl. Lastig, Entwickelungswege S. 6 und oben S. 725 f.

[28]) Savary a. a. O. S. 387 u. 412, S. 413 heisst es auch: „Sozietät, welche man participe, d. h. theilhaft oder anonime nennt." S. 475.

[29]) Ludovici, C. G., Neu eröffnete Akademie der Kaufleute oder encyklopädisches Kaufmannslexikon ed. Schedel (Leipzig 1767—1801) s. v. Anonymus. S. auch s. v. Compagniehandlung Sp. 498.

[30]) Ueber ihr Verhältniss zu Marperger und Savary vgl. oben S. 726 u. 766.

[31]) Tank pr. Engau: De Societate mercatoria (Jena 1747) §§ VIII u. XI „momentanée, anonyme, compte en participation". Musaeus a. a. O. (Ed. I 1783) Ed. II (1799) u. Ed. III (1817) § 27 „Compagnie anonyme". Leuchs a. a. O. (1822) § 191. Büsch a. a. O. Bd. III cp. 456. Bender a. a. O. (1824) § 155. Vgl. auch Schiebe, Die Lehre von den Handelsgesellschaften (Leipzig 1841) Nr. 357 ff. Brinckmann a. a. O. (1853 ff.) §§ 65 u. 66.

von Thöl vertheidigte Bezeichnung „Spekulationsverein“ auftaucht. Andere halten sich davon frei, so besonders Martens und Noback, der den Namen „Gelegenheitsgesellschaft“ aufbringt.[32]) Wieder Andere treten der oben verworfenen Auffassung ausdrücklich entgegen.[33])

C. Die bisherigen Ausführungen stellen m. E. zwei Resultate sicher: erstens, dass die société oder associationen participation der Vereinigung sowohl zu einem Handelsgewerbe, wie zu blos isolirten Handelsunternehmungen dienen kann und von jeher gedient hat; zweitens, ihrer juristischen Struktur nach stimmt die association en participation vollständig mit der alten Participatio, unserer deutschen Stillen Gesellschaft überein. Man hätte daher die Stille Gesellschaft nicht, wie es trotz des ganz heterogenen Karakters beider dennoch geschehen ist, ja zum Theil noch heute geschieht, mit der société en commandite, sondern mit der alten société anonyme oder der association en participation zusammenstellen sollen. Auf den umgekehrten Weg ist man hauptsächlich wohl deshalb gerathen, weil man vorzugsweise die üblichen wirthschaftlichen Ziele beider Vereinigungen beachtete. Wie bereits bemerkt, wandte sich das Kapital, welches dauernde Anlage im Handel durch limitirte Theilnahme an einem Handelsgewerbe suchte, in Frankreich schon frühzeitig der société en commandite zu, in Deutschland blieb hierfür bis in unsere Tage hinein die Stille Gesellschaft üblich. Die association en participation in Frankreich wurde vorzugsweise zur Vereinigung für isolirte Handelsunternehmungen verwandt, die schwesterliche Stille Gesellschaft in Deutschland dagegen vorzugsweise zur Vereinigung für gewerbmässigen Betrieb von Handelsgeschäften. Diese zufällige Verschiedenheit der gewöhnlichen wirthschaftlichen Funktionirung liess die juristische Idendität übersehen. Damit hängt ein anderer folgenschwerer Umstand zusammen. Die deutschen Schriftsteller, seit Marperger gewohnt, die französische Literatur viel und meistens ziemlich unselbständig zu benutzen, wussten nicht, für die in ihre Darstellung hinübergenommene société anonyme oder spätere association en participation im heimischen Recht das Gegenstück zu finden. Folge dessen trat in der Literatur und Gesetzgebung diese in Wirklichkeit längst bekannte Gesellschaft als eine ganz selbständige und besondere Art von Gesellschaft neben die alte Stille Gesellschaft. Erklärlicherweise klammerte man sich hier noch ängstlicher an das französische Vorbild als in anderen Materien des Handelsrechts.

---

[32]) Lobethan a. a. O. (1795) § 39. Martens a. a. O. (1798) „Compagnie anonyme, oder compte en participation“, wo zwei oder mehrere Personen fortdauernde bestimmte Handelsgeschäfte oder einzelne Handelsspekulationen auf gemeinschaftlichen Gewinn und Verlust zu unternehmen verabreden, die Geschäfte selbst aber, mit Dritten, nur im Namen Einzelner unter ihnen geführt werden.“ Schweitzer a. a. O. (1803) S. 16. Noback a. a. O. (1829) §§ 6 u. 10, S. 131 f. u. 143 f. Poehls a. a. O. § 99. Broicher u. Grimm, Das Handelsgesetzbuch der Königl. Preussischen Rheinprovinzen (1845 Koeln) zu Art. 47 ff.

[33]) Heise a. a. O. (1814—1817) § 23, Anonyme Gesellschaft, association e. p.: „Solche Verbindungen sind theils für fortwährenden Handel möglich, theils für einzelne Unternehmungen. Der erste Fall ist sehr selten, der letzte sehr häufig.

Die Identität der association en participation mit der alten Participatio und Stillen Gesellschaft gestattet, bei ganz präziser Ausdrucksweise, nicht die bisher vorläufig angewandte Redewendung, die assoc. en part. sei eine Vereinigung zu isolirten Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung, denn wie in der Stillen Gesellschaft der Geschäftsherr nicht für seine und seines Stillen Gesellschafters gemeinschaftliche Rechnung handelt, sondern lediglich für seine eigene Rechnung, aber von seinem Gewinn, von seinem Verlust einen Theil auf den Stillen Gesellschafter überträgt, so auch hier. Die reine association en participation kann folglich nur eine einseitige Kapitalgesellschaft, oder in Anlehnung an Art. 250 des H.G.B. eine Betheiligung mit Kapital an dem Handelsgewerbe resp. an einem oder mehreren isolirten Handelsgeschäften eines Andern genannt werden.[34])

Hieraus erhellt, wie unrichtig man verfährt, die association en participation ganz generell als eine Vereinigung zu einzelnen gemeinschaftlichen Handelsgeschäften, oder zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung zu bezeichnen. In Deutschland forderte das badische Landrecht mit seiner falschen Uebersetzung des französischen „association en participation" durch „Verbindungen zu einzelnen Handelsunternehmungen" zuerst dazu auf. Andere folgten ihm, ausser einigen Schriftstellern auch die gesammten Gesetzentwürfe und Gesetze. So stellte den übrigen Handelsgesellschaften der würtembergische Entwurf eines Handelsgesetzes[35]) „die Handelsgeschäfte für gemeinsame Rechnung" gegenüber, desgleichen der Entwurf eines allgemeinen Handelsgesetzbuches für Deutschland von 1849 „eine Verbindung zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung",[36]) ebenso der preussische Entwurf von 1857 und das A. d. H.G.B. „die Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung".[37])

Mit diesem Namenswechsel gab man die letzte juristische Position auf, fortan konnte die Frage nicht mehr lauten: „was für ein Rechtsinstitut ist die association en participation", oder wie man sie sonst deutsch nannte, sondern nur: „welche Rechtsnormen treten ein, wenn mehrere Personen sich zur Durchführung eines isolirten Handelsunternehmens vereinigen?"[38]) Dementsprechend bestimmen die vorgenannten Entwürfe und Gesetze, mit Ausnahme des badischen Landrechts, welches hier eine blosse Uebersetzung des Code d. c. ist, ohne sich des Unterschiedes oder der Neuerung voll bewusst zu sein, dass, jenachdem der kontrahirende Gesellschafter die Geschäfte in seinem Namen, oder in

---

[34]) Bei dieser Auffassung fallen auch die Kontroversen fort, welche im französischen Recht bezüglich des Eigenthums der Einlage und der erkauften Waaren herrschen, eine Frage, die namentlich im Konkurse von Wichtigkeit wird.

[35]) Art. 274—278 und Motive dazu.

[36]) Art. 108—110.

[37]) Art. 206—210 u. A. d. H.G.B. Art. 266 ff.

[38]) Die Frage dahin zu formuliren: „welche Rechtsnormen treten ein, wenn mehrere sich zur Durchführung eines isolirten Handelsunternehmens für gemeinschaftliche Rechnung vereinigen?" war falsch, doch hat diese Formulirung faktisch nichts geschadet, da man auch die association en participation als solche Vereinigung für gemeinschaftliche Rechnung ansah.

seinem und aller übrigen Gesellschafter Namen abschliesst,[39]) verschiedene Rechtsnormen zur Geltung kämen. Dort sei den Dritten gegenüber allein der kontrahirende Gesellschafter verpflichtet und berechtigt, hier jeder Gesellschafter, und zwar solidarisch.[40]) Voraussetzung und Wirkung weisen im ersten Fall auf die gleichen Rechtsbestimmungen der Stillen Gesellschaft, im zweiten Fall der Offenen Handelsgesellschaft hin, dies rechtfertigt es, die Vereinigung dort eine Stille Gelegenheitsgesellschaft, hier eine Offene Gelegenheitsgesellschaft zu nennen.

Einige Schriftsteller vertreten die gleiche Ansicht wie jene Gesetzesentwürfe, zum Theil sogar bereits vor ihnen; sie heben hervor, dass die Gelegenheitsgesellschaft nur „regelmässig" die Gestalt der association en participation trage, bisweilen ein gemeinsames Auftreten aller Gesellschafter zeige.[41])

Man darf aber noch weiter gehen; eine Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften kann sich auch in die Form einer Kommanditgesellschaft und einer Aktiengesellschaft kleiden. Die älteste Kommanditgesellschaft,[42]) wie sie in Italien als accommenda noch heute fortdauert, und als modifizirtes Kommissionsgeschäft auch in Deutschland ermöglicht werden kann, war resp. ist lediglich eine Gelegenheitsgesellschaft. Dass Nichts entgegensteht, eine Aktiengesellschaft für Durchführung lediglich einer isolirten Handelsunternehmung zu errichten, lehren die gar nicht selten vorkommenden Fälle solcher Aktiengesellschaften.[43]) Man könnte daher auch von einer Kommandit-Gelegenheitsgesellschaft und einer Gelegenheitsgesellschaft auf Aktien sprechen.

Da demnach die Gelegenheitsgesellschaft dieselben juristischen Formen tragen kann, wie die Vereinigung mehrerer Personen zum gewerbemässigen Betrieb von Handelsgeschäften, so wird man bei Beurtheilung eines konkreten Falles zunächst nur zu untersuchen brauchen, in welcher Gesellschaftsform die Gesellschafter aufgetreten sind, und erst an zweiter Stelle, wenn es dann überhaupt noch nöthig ist, zusehen, ob sie sich zu einem Gewerbebetrieb oder nur zu isolirten Handelsgeschäften verbunden haben. Nicht selten wird sich die zweite Untersuchung als überflüssig erweisen, nemlich stets bei der Aktiengesellschaft, und regelmässig dann, wenn es sich nur darum handelt, ob resp. wie weit der dritte Gegenkontrahent sich ausser an den kontrahirenden

---

[39]) Oder was dasselbe ist, eine ausserhalb der Gesellschaft stehende Person auf Grund gemeinsamer Vollmacht im Namen aller Gesellschafter.

[40]) Würtemberg. Entw. Art. 277. Dt. Entw. von 49 Art. 109. Preuss. Entw. Art. 209. A. d. H.G.B. Art. 269.

[41]) Noback a. a. O. S. 71. Malpeyre et Jourdain a. a. O. Nr. 409. Mittermaier a. a. O. § 554 Not. 23. Thöl a. a. O. II. u. III. Aufl. § 48. Schiebe a. a. O. Nr. 358, 359 u. 377 ff. Vgl. auch Auerbach, Gesellschaftswesen § 109.

[42]) Vgl. Lastig in d. Zeitschr. f. H.R. Bd. XXIV S. 402 ff.

[43]) Vgl. Mittermaier a. a. O. und den von ihm citirten Molinier: Traité du droit commercial: „association collective en participation, compte en participation, participation en commandite. Auerbach: Neues Handelsgesetz Bd. I Abschn. XXI. Wolff in Busch Archiv XVIII S. 258.

Gesellschafter auch an dessen Genossen direkt halten, resp. von diesen direkt beklagt werden kann.

Wie es sich als unmöglich erwies, eine wirklich juristische Definition aufzustellen, welche gleichmässig alle Arten der Vereinigung[44]) zu gewerbemässigem Betrieb von Handelsgeschäften umfasst, so auch hier, bei der Gelegenheitsgesellschaft. Die Handelsgewerbsgesellschaft und Handelsgelegenheitsgesellschaft zeigen auch hierin Uebereinstimmung.

III. Der vorige Abschnitt lässt erkennen, in wie hohem Grade die Handelsgewerbsgesellschaften und die Handelsgelegenheitsgesellschaften nach ihrer juristischen Seite in einander übergehen,[45]) bei dem Versuch, die wirthschaftliche Scheidegrenze beider aufzufinden, kommt man sehr bald zu demselben Resultat. Unwillkürlich geht man von der Ansicht aus, hier denselben Unterschied anzunehmen, wie zwischen einer Person, die gewerbemässig Handelsgeschäft betreibt, kurz dem Kaufmann, und einer andern Person, die nur hin und wieder, ganz gelegentlich ein einzelnes, isolirtes Handelsgeschäft abschliesst, aber eine Probe lehrt die Unmöglichkeit, wenigstens gegenüber der praktischen Handhabung des Handelsrechts damit durchzukommen.

Während das Wort „Handelsgeschäft" bei der Feststellung des Begriffes „Handelsgewerbe und Kaufmann" im Sinne von Handelsrechtsgeschäft also von einheitlichem Rechtsakt angewandt wird, hat es bei der „Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften", bei der Gelegenheitsgesellschaft nicht stets diese Bedeutung, es wird hier häufig gleichbedeutend mit „Handelsunternehmen" gebraucht. Historisch betrachtet ist diese zwiefache Verwendung von „Handelsgeschäft" die einzig richtige. Der Code de commerce[46]) bedient sich des Ausdrucks „opération", d. h. Unternehmen, Spekulation, und die Beispiele Savary's deuten, ohne gerade dieses Wort zu gebrauchen, ebenfalls darauf hin.

Ein Handelsunternehmen kann nun zwar aus Einem oder mehreren „im voraus festzusetzenden" und festgesetzten Handelsrechtsgeschäften bestehen, sehr viel häufiger aber wird es sich aus einer Masse gar nicht vorauszusehender Rechtsgeschäfte zusammensetzen. Die auf ein bestimmtes Unternehmen gerichtete Vereinigung erstreckt sich nun anerkanntermassen nicht blos auf das Hauptgeschäft, das sg. Spekulationsgeschäft, sondern auch auf alle Ausführungsgeschäfte.[47]) Wenn eine Einzelperson durch die Ausführungsgeschäfte eines isolirten Handelsunternehmens ihrem Gebahren den Karakter des gewerbemässigen Betriebes von Handelsgeschäften aufprägt, dann sieht das Gesetz sie ohne weiteres als Kaufmann an, man sollte nun meinen, dass desshalb, falls sich zu eben demselben Handelsunternehmen mehrere Personen mit einander vereinigt hätten, die betreffende Gesellschaft nicht für eine Handelsgelegenheitsgesellschaft, sondern für eine Handelsgewerbsgesellschaft erklärt werden müsste. Weit gefehlt, wenigstens sieht man heute die Vereinigung zur Uebernahme einer

---

[44]) Vgl. oben §§ 74 u. 75 bes. S. 318.

[45]) Weitere Details unten.

[46]) Code de com. Art. 48.

[47]) R.O.H.G. XIII 2, XIV 88.

Lieferung stets als eine Gelegenheitsgesellschaft an, obwohl doch gar nicht selten, die später zur Ausführung der Lieferung erforderlichen, vielleicht wöchentlich oder gar täglich sich wiederholenden Einkaufsgeschäfte u. s. w. unvermeidlich einen vollständig gewerbemässigen Betrieb von Handelsgeschäften mit sich bringen. Das R.O.H.G. hielt selbst die Vereinigung mehrerer Personen „zur Vornahme von Geschäften, zu welchen die Kriegsereignisse Gelegenheit bieten möchten", obwohl hier m. E. weder von „im Voraus festgesetzten Geschäften" die Rede sein kann, denn nur ihre mögliche Veranlassung ist festgesetzt, noch von isolirten Handelsgeschäften oder Unternehmungen. In Wirklichkeit liegt hier eine wechselseitige Gewerbsparticipatio vor, welche sich gegenüber der von Savary an zweiter Stelle[48]) erwähnten nur dadurch zu unterscheiden scheint,[49] dass nicht die erkauften Waaren naturaliter vertheilt werden, sondern der resultirende Endgewinn und Verlust. — Nach dem A. d. H.G.B. würde ich hier eine Stille Gesellschaft annehmen, genauer mehrere wechselseitig von den Parteien errichtete Stille Gesellschaften, aber nicht mit limitirter realer, sondern mit illimitirter kreditirter Einlage.

In der französischen Rechtspflege schadete solche Verquickung nichts, denn sie wandte auf die Gewerbspartizipation[50]) dieselben materiellen Normen wie auf die Gelegenheitspartizipation an. In Deutschland dagegen, wo das H.G.B. sich nicht darauf beschränkt, die Gelegenheitsgesellschaft von den Formalitäten der Handelsgewerbsgesellschaften zu befreien, sondern auch in das materielle Recht eingreift, würden die Folgen zweifellos sehr weit reichen, wenn nicht erstens die Kommanditgelegenheitsgesellschaft selten wäre, und falls sie wirklich einmal vorkäme, nicht als Gelegenheitsgesellschaft behandelt würde, zweitens die Gelegenheitshandelsgesellschaft auf Aktien genau denselben Rechtsnormen unterstünde wie die Gewerbshandelsgesellschaft auf Aktien, drittens die Offene und Stille Gelegenheitshandelsgesellschaft wenigstens in ihren Rechtsnormen für das Rechtsverhältniss zu Dritten, so weit solches dem Vermögensrecht angehört, mit denen der Offenen und Stillen Gewerbshandelsgesellschaft im Wesentlichen übereinstimmten, viertens der Richter bei Lücken in den Gesetzesbestimmungen der Offenen und Stillen Gelegenheitsgesellchaft unwillkürlich auf das Recht der Offenen und Stillen Gewerbshandelsgesellschaft zurückgriffe. Ein derartiges Verfahren darf freilich nicht zu weit gehen, z. B. sich nicht auf die mit der Firma zusammenhängenden Erscheinungen erstrecken.

Noch einige andere Fragen mögen hier Erledigung finden. In den weitaus meisten Fällen sind die Theilnehmer einer Gelegenheitsgesellschaft Kaufleute, jedoch nicht selten theilweis Nichtkaufleute, nur ganz vereinzelt lediglich Nichtkaufleute.[51]) Während es in den beiden ersten Fällen gleichgültig ist, ob das

---

[48]) S. oben S. 761.

[49]) Ein bestimmteres Urtheil lassen die mangelhaften Angaben über die Details der Vereinigung nicht zu. S. R.O.H.G. XIV S. 88.

[50]) S. oben S. 762 ff.

[51]) Dass auch deren Gelegenheitsgesellschaft für ein absolutes Handelsgeschäft den Normen des A. d. H.G.B. unterfällt, ist nach der kategorischen Fassung von Art. 266 zweifellos. Das italienische Handelsgesetzbuch Art. 177 II hebt es noch besonders hervor.

Hauptgeschäft ein absolutes, ein relatives oder selbst ein Hülfshandelsgeschäft ist, z. B. bloser Verkauf von Waaren, die ein kaufmännischer Theilnehmer besitzt, kann im letzten Fall nur ein absolutes Handelsgeschäft Gegenstand der Gelegenheitsgesellschaft sein.

Die Vereinigung für ein Geschäft über Immobilien fällt selbstverständlich niemals unter den Begriff der Gelegenheitshandelsgesellschaft, wohl aber eventuell über Vermittelung von Geschäften über Immobilien.[52])

IV. Das A. d. H.G.B. beachtet in seinem zweiten Titel des vierten Buches nur die Offene und die Stille Gelegenheitsgesellschaft.

A. Die Stille [53]) Gelegenheitsgesellschaft ist die häufigste. Bezüglich der Details lassen sich in ihr mehrere Spezies erkennen:

1. Die limitirte Stille Gelegenheitsgesellschaft; in ihr beschränkt der Stille Theilnehmer den absoluten Betrag seines Verlustantheils auf eine bestimmte Summe, auf seine Einlage, die er in diesem Falle meistens von vornherein oder doch im Laufe des Unternehmens baar einzahlt, doch kommt die Limitation auch bei kreditirten Einlagen vor. Den Grad der Theilnahme am Gewinn und Verlust pflegen die Parteien hier in Proportion zu den beiderseitigen Kapitaleinlagen zu setzen.

2. Die illimitirte Stille Gelegenheitsgesellschaft. Die Theilnahme des Stillen Gesellschafters am Gewinn und Verlust, pflegt hier lediglich durch eine Quote des Gesammtbetrages von Gewinn oder Verlust bestimmt zu werden. In der Regel leistet der Stille Gesellschafter dem Geschäftsherrn gar keine Baareinlage, oder doch nur eine Theilzahlung, der Geschäftsherr führt das Geschäft mit seinem eigenen Gelde oder Kredit durch, und rechnet nur am Ende des Unternehmens mit seinem Gesellschafter ab.

Der Modus, die Einlage ganz, bzw. zum Theil von vornherein oder im Laufe des Unternehmens zu zahlen, wird besonders dann beliebt, wenn der Geschäftsherr sich durch die Gesellschaft erst die Mittel zur Durchführung des Unternehmens verschaffen will, der andere Modus besonders dann, wenn der Geschäftsherr zwar genügende Mittel besitzt, aber nicht das ganze Risiko allein tragen will.

Meistens umfasst die Stille Gelegenheitsgesellschaft beide Seiten des kaufmännischen Unternehmens, das Spekulationsgeschäft, z. B. den Einkauf der Waaren, und das Realisationsgeschäft, z. B. den Verkauf der Waaren, bisweilen jedoch kommen die Parteien überein, die gesellschaftlich erkauften Waaren naturaliter zu vertheilen, so dass die Realisation jeder Genosse für seinen Theil ausführt.[54]) Eine Kombination beider Fälle liegt vor, wenn der Vertrag dahin lautet, der Geschäftsherr solle den Einkauf und auch den Verkauf leiten, aber

[52]) H.G.B. Art. 275. v. Hahn, Commentar zu Art. 266 § 3. R.O.H.G. X 100, XVI 1.

[53]) Oben S. 342 § 79 II ist durch ein Versehen „Offenen“ statt „Stillen“ gedruckt.

[54]) S. oben den ersten Fall Savary's: Die Gelegenheitsgesellschaft kann sich wie auf beides zusammen, so auch auf den Einkauf, oder auf den Verkauf allein erstrecken.

falls letzterer sich zu einem fixirten Preise nicht bewerkstelligen lasse, sollen die Waaren naturaliter getheilt werden. Tritt diese Eventualität nachher ein, und hatte der Stille Gesellschafter seine Einlage bereits realiter geleistet, so erhält er bei der Abrechnung einfach die seiner Einlage entsprechende Quantität Waaren, andernfalls aber ist er dem Geschäftsherrn gegenüber verpflichtet, diesem die auf ihn fallende Waare unter Zahlung seiner Einlage abzunehmen.

Nur eine leichte Modifikation dieses Falles liegt vor, wenn die Gelegenheitsgesellschaft nur auf den im Preise limitirten Verkauf oder Absatz einer von dem Geschäftsherrn für sich allein bereits angeschafften Quantität Waaren gerichtet ist, und der Gesellschaftsvertrag bestimmt, dass die Waaren im Falle der Unmöglichkeit, sie an Dritte abzusetzen, naturaliter getheilt werden sollen. Hierhin gehört das bei der Unterbringung von Aktien übliche Konsortium und Unterkonsortium.[55]) Beide unterscheiden sich von obigem Fall nur in Nebensachen; so pflegt die Höhe der Betheiligung des Stillen Gesellschafters durch den Nominalbetrag der übernommenen Zahl von Aktien bezeichnet zu werden, z. B. „Wir haben sie," so schreibt das leitende Bankhaus, der Geschäftsherr des Konsortiums — resp. Unterkonsortium —, „an dem Konsortium mit Nominal 30,000 M. Aktien zum Preise von 105% betheiligt" oder „Wir verkauften an Sie Nominal 30,000 M. Aktien zum Kurse von 105% konsortialiter". Solche Stille Gelegenheitsgesellschaft, nicht ein Kauf, wie die kaufmännische Redeweise glauben lassen könnte, liegt vor. Nicht der Vertrag selbst ist ein Kauf oder Verkauf, sondern nur das Gelegenheitsgeschäft, lediglich deshalb ist die Inhaltsangabe, die Rechnung nach dem Kaufsformular, genauer nach dem Verkaufsformular aufgesetzt.

Regelmässig nimmt der Stille Gesellschafter am Gewinn und am Verlust theil, doch sind desbezüglich hier dieselben Modifikationen zulässig wie bei der Stillen Gesellschaft für gewerbmässigen Betrieb von Handelsgeschäften.

Der Geschäftsherr schliesst alle Geschäfte des Unternehmens in seinem eigenen Namen, sein Gesellschafter steht mit Dritten in gar keinem direkten rechtlichen Konnex.

B. Bei der seltneren Offenen Gelegenheitsgesellschaft werden nach der Auffassung des A. d. H.G.B. die Geschäfte im Namen aller Gesellschafter geschlossen, sei es dass alle zusammen handeln, oder ein Gesellschafter in seinem und seiner Genossen Namen, oder ein dritter gemeinsamer Bevollmächtigter. In allen Fällen ist jeder Gesellschafter dem dritten Kontrahenten gegenüber direkt und solidarisch berechtigt, und ebenso direkt und solidarisch, und zwar illimitirt verpflichtet.[56])

C. Für beide Formen der Gelegenheitsgesellschaft gleichmässig gelten in dubio folgende Bestimmungen des A. d. H.G.B.

---

[55]) Ueber das Konsortium und Unterkonsortium vgl. Sydow in d. Zeitschr. f. H.R. XIX S. 427—463. v. Hahn a. a. O. § 3. Kowalzig, Handelsgesetzbuch, II. Aufl. zu Art. 266 Not. 1b u. oben § 117. Thöl a. a. O. § 128. R.O.H.G. XIII 306 ff., XV 249 ff., XVII 197 ff., XXII 381 ff.

[56]) H.G.B. Art. 269 II. Protokolle S. 397 ff., 402, 495 ff., 1076, 1081 ff.

1. Die Errichtung bedarf weder der schriftlichen Abfassung noch sonstiger Formalitäten.[57])

2. Alle Gesellschafter nehmen an der Gesellschaft bezüglich Einlage, — also auch Naturaltheilung der Waaren, Gewinn und Verlust — in gleichem Verhältniss Theil; daher wird Gewinn und Verlust nach Köpfen vertheilt. Die vorgeschriebene Verzinsung der Einlage sollte nach den sonstigen Ansichten des Handelsgesetzbuches eigentlich nur bei der Offenen Gelegenheitsgesellschaft Platz greifen.[58])

3. Nach Beendigung des Gesellschaftsunternehmens muss bei der Stillen Gelegenheitsgesellschaft der Geschäftsherr, bei der Offenen Gelegenheitsgesellschaft der geschäftsführende Gesellschafter seinen Genossen Rechnung ablegen, und die Liquidation besorgen.[59]) Nach Analogie von Art. 133 sollte Letzteres in der Offenen Gelegenheitsgesellschaft eigentlich in den Händen sämmtlicher Gesellschafter liegen.

---

[57]) H.G.B. Art. 266.

[58]) H.G.B. Art. 267 u. 268. Vgl. oben S. 367 f., 356 u. 738. H.G.B. Art. 106. Protokolle 396 f. u. 1076.

[59]) H.G.B. Art. 270. Vgl. S. 744.

Abschnitt 4.

Die eingetragenen Genossenschaften.[1])

Von Herrn Professor Dr. Wolff in Göttingen.

I. Die Entwickelung.

§ 144.

1. Unter den mannigfachen Versuchen, die wirthschaftliche Lage der selbstständigen Handwerker und der Arbeiter, welche durch die Aufhebung der Zunftprivilegien und die fortschreitende Entwicklung des Grossbetriebs in ihrer Thätigkeit betroffen wurden, zu verbessern, nehmen diejenigen Vereinigungen, welche sich seit dem Jahre 1859 Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften nennen,[1a]) deshalb eine hervorragende Stellung ein, weil sie nicht Organisationen sind, welche zum Kampfe gegen die bestehenden gesellschaftlichen Einrichtungen sich rüsten, auch nicht durch den Wohlthätigkeitssinn von Fabrikanten ins

---

[1]) Literatur: Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht. Berlin 1868, 1873, 1881. — Parisius, Das preussische Gesetz vom 27. März 1867. Berlin 1868 — Parisius, Die Genossenschaftsgesetze des deutschen Reichs. Berlin 1876. — Schulze-Delitzsch, Die Gesetzgebung über die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften. Berlin 1869. v. Sicherer, Die Genossenschaftsgesetzgebung in Deutschland. Erlangen 1872. J. Rosenthal, Die Kredit-, Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften. Freienwalde und Berlin 1871. — Brückner, Das Genossenschaftsgesetz 1869. Fritze, Die Kredit-, Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften 1871. Endemann, Das Recht der Aktiengesellschaften, der Kommanditgesellschaften auf Aktien und der Genossenschaften. Heidelberg 1873. Karl Wilckens, Der juristische Karakter der Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften. Mannheim und Strassburg 1873. — Endemann, Das deutsche Handelsrecht. 3. Aufl. Heidelberg 1876. §§ 177—187. Thöl, Handelsrecht 6. Aufl. Leipzig 1879 § 202. Gareis, Das deutsche Handelsrecht. Berlin 1880 §§ 31—34. Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts § 60.

[1a]) Es ist dies auf Anregung des zweiten Kongresses deutscher Volkswirthe (12—15. Septbr. 1859) geschehen.

Leben gerufen werden, sondern in selbständigen Niederlassungen bestehen, welche einen gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb unternehmen und sich so eingerichtet haben, dass nicht bloss eine Anzahl von Menschen sich vereinigt, um die wirthschaftlichen Interessen gerade dieser Menschen zu fördern, sondern daneben auch andere aufnehmen, andererseits Niemanden dauernd binden, demnach einen freien und lebendigen Organismus mit geordnetem Ab- und Zugang darstellen. Sie sind den Zünften vergleichbar, verlangen aber nicht, wie diese, irgend welche exklusive Berechtigungen, erschweren auch nicht, wie diese, den Eintritt neuer Mitglieder, wollen sich aber andererseits auch frei von Genehmigung und Beaufsichtigung der staatlichen Verwaltungsbehörden gestalten.

2. Unter den Männern, welche sich für die Bildung dieser Vereinigungen besonders verdient gemacht haben sind V. A. Huber [2]) und Schulze-Delitzsch [3]) hervorzuheben. Ersterer richtete seine Untersuchungen auf die im Auslande, besonders in England und Frankreich gebildeten Vereinigungen zu wirthschaftlichen Zwecken, letzterer nahm die Gründungen selbst vor, zunächst in seinem damaligen Wohnorte Delitzsch, dann in benachbarten Orten; er verfasste für die sich bildenden Vereine Statuten, welche auf Ansuchen auch anderen in der Bildung begriffenen Vereinen zugestellt wurden, ähnlich wie im Mittelalter die Stadtrechte einzelner Städte auf andere benachbarte Städte übertragen wurden.

3. Es waren vorzugsweise die selbständigen Handwerker in den Städten, welche solche Vereinigungen ausführten, weniger Eingang fanden dieselben bei den Fabrikarbeitern, die Konsumvereine ausgenommen, bei denen sich auch vielfach Menschen aus anderen Berufsklassen betheiligten.

4. Während sich so in den letzten dreissig Jahren diese Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften immer mehr vermehrten, ihre Mitgliederzahl und der Umfang ihrer Geschäfte sich immer steigerte, so war doch die rechtliche Stellung eine wenig befriedigende. Das römische Recht der Sozietät passte für diese lebendigen Organismen, aus einer grossen Zahl von Theilnehmern mit stets wechselnden Persönlichkeiten bestehend, nicht, die Römer kannten diese Gesellschaften nicht, [4]) die von ihnen normirten sind leicht gestaltete Gewebe, welche regelmässig durch den Tod oder das Falliment eines Mitgliedes erlöschen, auch durch den Austritt eines Mitgliedes zu Grunde gehen, bei welchen ferner keine Mehrheitsbeschlüsse gelten, keine Persönlichkeit der Gesellschaft, darum auch kein Gesellschaftsvermögen existirt; das, was diese Gestalt haben könnte, gehört zu ideellen Theilen den einzelnen Gesellschaftern. Darum können auch nur diese selbst vor Gericht klagen und verklagt werden, und sie gelten dann,

---

[2]) Jäger. V. A. Huber, Ein Vorkämpfer der sozialen Reformen, in seinem Leben und Wirken dargestellt. Berlin 1880.

[3]) Ueber Schulze's Lebensgang und Schriften s. Parisius, Genossenschaftsgesetze. S. 1—17.

[4]) Auch die Gesellschaft der publicani hatte nicht diese Organisation, obwohl eine einigermaassen verwandte korporativ gestaltete, während die dieser entgegenstehenden Privatsozietäten keine Spur korporativer Gestaltung an sich tragen.

wenn die Gesellschafter zusammen klagen oder verklagt werden. als Streitgenossen.

5. Da, wo das preussische Landrecht gilt, konnten die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften, je nachdem sie Vermögenserwerb oder sonstige wirthschaftliche Förderung ihrer Mitglieder bezweckten, als „Gesellschaften zu Erwerbszwecken" betrachtet werden, von denen das Landrecht Th. 1 Tit. 17, Abschnitt 3 handelt, oder als „erlaubte Gesellschaften" (Landrecht Th. 2 Tit. 6).

Für die letztere hat das Landrecht den Grundsatz aufgestellt, dass sie zwar nicht nach aussen, aber nach innen die Rechte der Korporation habe (Th. 2, Tit. 6 §§ 13, 14). Darum kann die Gesellschaft auf ihren Namen weder Grundstücke, noch Kapitalien erwerben, unter ihrem Namen weder vor Gericht klagen, noch verklagt werden. Träger der gesellschaftlichen Rechte und Verbindlichkeiten dritten Personen gegenüber ist nicht die Gesellschaft, sondern die sämmtlichen Mitglieder derselben (Th. 2, Tit. 6 § 12). Aber andererseits hat das einzelne Mitglied nicht einen Antheil an den einzelnen Rechten der Gesellschaft, kann demnach über einen solchen Antheil auch nicht verfügen und im Falle eines Ausscheidens „nur insofern einen Antheil von dem Gesellschaftsvermögen fordern, als das Mitglied einer Korporation und Gemeine dazu berechtigt ist" (Th. 2, Tit. 6 § 15). Die gesellschaftlichen Rechte stehen vielmehr den jedesmaligen Mitgliedern der Gesellschaft zu und gehen bei einem Wechsel im Personenbestande, so lange die Gesellschaft dauert, auf die jedesmaligen Mitglieder über. — Die Gesellschaft zu Erwerbszwecken beruht im Allgemeinen auf denselben Grundsätzen, korporative Gestaltung im Innern, aber keine Rechtspersönlichkeit in ihren Beziehungen nach aussen. Auch bei dieser Gesellschaft haben die Mitglieder keinen Antheil an den einzelnen gesellschaftlichen Sachen oder Rechten, der einzelne Gesellschafter kann daher auch nicht über einen solchen Antheil verfügen, und seine Gläubiger können einen solchen Antheil nicht zu ihrer Befriedigung beanspruchen; der einzelne Gesellschafter hat, solange die Gesellschaft besteht, nur einen Anspruch auf Auszahlung des Gewinnes, welcher sich durch die Rechnung eines jeden Geschäftsjahres ergibt, und seine Gläubiger können nur diesen Anspruch geltend machen. Der ausscheidende Gesellschafter hat einen persönlichen Anspruch auf Abfindung, in einem aliquoten Theile des Werthes des Sozietätsvermögens bestehend, aber keinen Anspruch auf Theilung, die übrigen Gesellschafter setzen die Gesellschaft fort. In ihrem Verhältniss nach aussen wird die Gesellschaft zu Erwerbszwecken eben so behandelt, wie die sg. erlaubte Gesellschaft. Es ist dieselbe Gesellschaft, wie wir sie bei der gesammten Hand finden.

6. Diese innere korporative Organisation konnten und können sich die Erwerbs- und Wirthschafts-Genossenschaften auch in den Ländern des gemeinen Rechtes durch freie Autonomie geben. Denn jene Rechtssätze des römischen Sozietätsrechts haben nur den Karakter von Normativbestimmungen, deren Abänderung durch Vertrag gestattet ist. Zwingender Natur ist nur die Bestimmung, dass die Gesellschafter nicht gültig verabreden können, dass den Mitgliedern ein Austrittsrecht niemals zustehen solle, sowie, dass der eine Gesellschafter

blos einen Antheil am Verlust, aber keinen Antheil am Gewinn haben solle, eine Verabredung, welche als eine unbillige verworfen wird.

Was aber der römischen Sozietät, sowie der preussischen Erwerbs- und der erlaubten Gesellschaft fehlte, und was ihr nicht durch Privatautonomie gegeben werden konnte, das war ihre Prozessfähigkeit, sowie die nach preussischem Rechte und anderen Landesgesetzen mangelnde Fähigkeit, auf ihren Namen durch Eintragung in die Grund- und Hypothekenbücher Eigenthum und andere dingliche Rechte an Grundstücken zu erwerben.

7. Diese Mängel konnten nur durch ein Gesetz gehoben werden. Solange es an einem allgemeinen Gesetze fehlte, welches solche Rechte einräumte, blieb nur der Weg übrig, ein Spezialgesetz zu erwirken, lex specialis, Privilegium, dessen Schaffung den deutschen Landesherren — in den freien Städten den Senaten — zusteht. Diess geschieht, indem der Genossenschaft auf ihr Nachsuchen das Recht einer juristischen Person ertheilt wird, oder es wird statt dessen der gleichbedeutende Ausdruck gebraucht, es werden der Genossenschaft Korporationsrechte ertheilt. Ob aber ein solches Privilegium ertheilt werden sollte, war natürlich von der Gnade und dem Ermessen des Ertheilers abhängig, die Genossenschaft hatte kein Recht zu verlangen, sie konnte nur bitten. Schulze-Delitzsch strebte aber danach, den schon bestehenden und sich ferner bildenden Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften eine solche Rechtsstellung, vor Allem die fehlende Prozessfähigkeit, durch ein allgemeines Gesetz zu verschaffen; er suchte dabei auch den Ausspruch, dass diese Vereinigungen als juristische Personen oder Korporationen anerkannt würden, fern zu halten, weil diese nach den Landesgesetzen unter Aufsicht der Verwaltungsbehörden stehen, er aber von solcher Aufsicht freie Vereinigungen zu erhalten wünschte. Später wurde auch die Besteuerungsfrage mit berücksichtigt, da den direkten Staats- und Kommunalabgaben die physischen und juristischen Personen unterworfen sein sollten, und man hoffen durfte, durch Beilegung jener Rechte, wie sie ja auch das Handelsgesetzbuch den von ihm unter dem Namen der Handelsgesellschaften aufgeführten vier Vereinigungen beigelegt hatte, ohne dabei festzustellen, dass sie juristische Personen oder Korporationen sein sollten, von den direkten Staats- und Kommunalsteuern sich frei zu erhalten, was denn auch bis jetzt etlichen Genossenschaften gelungen ist, anderen nicht gelungen ist.

8. Ehe noch diese besonders im Jahre 1859 aufgetretenen Bestrebungen eine feste Gestalt gewonnen hatten, wurde das Handelsgesetzbuch vollendet und allmählig in den einzelnen deutschen Staaten als Landesgesetz veröffentlicht. Dieses gewährte nur den vier von ihm normirten Gesellschaften, für welche es die Eintragung in das Handelsregister bestimmt, die Rechts- und die Prozessfähigkeit; als Mitglied des preussischen Abgeordnetenhauses legte nun Schulze-Delitzsch am 10. März 1863 einen von ihm verfassten Gesetzentwurf dem Landtage vor, wodurch den Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften, welche die solidarische Haftung ihrer Mitglieder statutenmässig festgestellt hätten, gleichviel, ob sie Handelsgeschäfte trieben oder nicht, durch Eintragung in ein vom Handelsgerichte als ein Theil des Handelsregisters zu führendes Genossenschaftsregister,

dieselbe Rechts- und Prozessfähigkeit, wie sie den vier Handelsgesellschaften gewährt war, beigelegt wurde. Abgesehen hiervon versuchte der Entwurf eine Kombination der Grundsätze des Handelsgesetzbuchs über die offene Handelsgesellschaft mit denen über die Aktiengesellschaft, indem die innere Organisation sich der der letzteren, die Haftverbindlichkeit der ersteren annäherte, mit der Einschränkung, dass die solidarische Haftverbindlichkeit der Genossenschafter sich zu einer subsidiären, bürgschaftsähnlichen gestaltete, welche erst nach Erschöpfung des genossenschaftlichen Vermögens verwirklicht werden sollte. Aus dem von der preussischen Regierung den Ständen vorgelegten Gesetzentwurfe wurden mehrere Einzelbestimmungen, namentlich solche, welche gegen den Missbrauch der Genossenschaften zu andern, als ökonomischen Zwecken gerichtet waren, von der niedergesetzten Kommission angenommen.

Der Kommissionsentwurf wurde vom Abgeordnetenhause in den Sitzungen vom 17. und 18. Dezember 1866 mit geringen Abänderungen genehmigt. Tiefer einschneidende Abänderungen wurden von der Kommission des Herrenhauses vorgeschlagen, sie bezweckten eine fortlaufende Aufsicht der Staatsregierung über den gesammten Geschäftsbetrieb der Genossenschaften, sowie die Errichtung einer Zentralkasse zur Unterstützung derselben und Dotation dieser Kasse mit zwei Millionen Thalern aus Staatsmitteln. Aber in der Plenarberathung des Herrenhauses am 4., 5. und 6. Februar 1867 wurden diese der Tendenz des ursprünglichen Entwurfs, welcher Staatsaufsicht und Staatshülfe gleichmässig perhorreszirte, wieder beseitigt. Die übrigen beschlossenen Abänderungen wurden auch vom Abgeordnetenhause bei der nochmaligen Berathung am 7. Februar 1867 zum Beschlusse erhoben.

In Gemässheit dieser Beschlüsse des Landtags erfolgte die Publikation des preussischen Genossenschaftsgesetzes vom 27. März 1867 in dem am 27. April ausgegebenen 34. Stücke der Gesetzsammlung.

Im Verordnungswege wurde dieses Gesetz in den neu erworbenen preussischen Provinzen eingeführt:

a) durch Verordnung vom 12. Juli 1867 im Gebiete des vormaligen Königreichs Hannover, [5])

b) durch Verordnung vom 12. August 1867 im Gebiete des vormaligen Kurfürstenthums Hessen, des vormaligen Herzogthums Nassau und der ehemals freien Stadt Frankfurt und in den durch Gesetz vom 24. Dezember 1866 mit der preussischen Monarchie vereinigten Landestheilen [6]).

Das preussische Gesetz wurde noch in demselben Jahre im Herzogthum Sachsen-Meiningen rezipirt, ausserdem eine Schlussbestimmung hinzugefügt, wo-

---

[5]) Ges.Sammlung von 1867 Nr. 69 S. 1189 f.

[6]) Wenn die Verordnung (Ges.Sammlung 1867 Nr. 68 vom 11. Septbr. S. 1449 f.) hinzufügt: „mit Ausnahme der ehemals bayerischen Enklave Kaulsdorf und des Oberamtes Meisenheim“, so ist dies deshalb geschehen, weil in diesen Gebieten das Gesetz schon einige Monate vorher eingeführt worden, nämlich für das Oberamt Meisenheim durch Verordnung vom 13. Mai 1867 (Ges. Sammlung 1867 Nr. 43 S. 700), in der Enklave Kaulsdorf durch Verordnung vom 22. Mai 1867 (Ges.Sammlung 1867 Nr. 47 S. 729 f.).

durch der Staatsregierung die Ermächtigung ertheilt wurde, sechs Monate nach der Publikation denjenigen unter die Begriffsbestimmung des Gesetzes fallenden Vereinen, welchen das Recht der juristischen Persönlichkeit verliehen worden war, dieses Recht wieder zu entziehen. [7]) Diese sechsmonatliche Frist sollten die betreffenden Vereine dazu benutzen, die Eintragung in die Genossenschaftsregister zu erwirken; sie wurden durch dieses Gesetz indirekt genöthigt, sich eintragen zu lassen, da sie sonst zu erwarten hatten, dass ihnen die Regierung das Recht der juristischen Persönlichkeit — welches sie durch landesherrliche Konzession erhalten hatten — und damit ihre Rechts- und Prozessfähigkeit entziehe.

Eine gleiche Rezeption und eine gleiche Ermächtigung erfolgte im Grossherzogthum Sachsen-Weimar-Eisenach durch Gesetz vom 8. März 1868. [8])

---

[7]) Ges. vom 29. Juni 1867, publizirt am 8. Juli (Sammlung der landesherrlichen Verordnungen im Herzogth. Sachsen-Meiningen Bd. 17, Nr. 27, S. 409—427. Eine Ausführungsverordnung wurde am 28. Novbr. 1867 erlassen. (Regierungsblatt vom 13. Dezember 1867.)

[8]) Regierungsblatt für das Grossherzogthum Sachsen-Weimar-Eisenach 1868 Nr. 11 S. 121—136.

II. Das Gesetz vom 4. Juli 1868.

§ 145.

1. Am 16. April 1868 brachte der Abgeordnete Schulze-Delitzsch im Reichstage den Antrag ein, das preussische Genossenschaftsgesetz vom 27. März 1867 mit einigen Abänderungen und Zusätzen zum norddeutschen Bundesgesetze zu erheben.[1] Am bedeutendsten war der nach § 51 eingeschaltete Zusatz, der das sg. Vertheilungsverfahren regelte, wodurch möglichst verhindert werden sollte, dass die im Konkurse der Genossenschaften nicht zur Befriedigung gelangenden Gläubiger ihre aus der Solidarhaft der Mitglieder fliessenden Ansprüche gegen diese in besonderen Prozessen verfolgten, vielmehr der Versuch gemacht werden sollte, die fehlenden Beträge nach vorzunehmender Repartition von den einzelnen Mitgliedern einzuziehen. Die Kommission des norddeutschen Reichstages empfahl in ihrem Berichte vom 23. Mai 1868 den Schulzeschen Entwurf mit einigen Abänderungen zur Annahme.[2] Der Reichstag nahm in der Sitzung vom 28. Mai 1868 das Gesetz in der von der Kommission empfohlenen Fassung ohne Diskussion mit grosser Mehrheit an. Der Bundesrath dagegen überwies am 6. Juni den Gesetzentwurf des Reichstages an die Kommission, welche damals zur Berathung einer Civilprozessordnung in Berlin versammelt war, zur Begutachtung. Die Kommission erklärte sich im Allgemeinen zustimmend, schlug jedoch einzelne Abänderungen vor, fand namentlich den hinzugefügten § 52 über das sog. Vertheilungsverfahren mit Rücksicht auf das in einzelnen Bundesgebieten geltende Konkursrecht nicht für annehmbar, und proponirte statt dieses Paragraphen zehn Paragraphen (52—61), durch welche der erstrebte Zweck auf anderem Wege erreicht werden sollte. Der Bericht dieser Civilprozesskommission vom 16. Juni[3] erhielt in allen Punkten die Zustimmung des Bundesraths, und der Reichstag nahm in seiner letzten Sitzung am 20. Juni 1868 das Gesetz mit allen von dem Bundesrathe vorgeschlagenen Aenderungen an.

---

[1] Sammlung sämmtlicher Drucksachen des Reichstages des norddeutschen Bundes im Jahre 1868 Bd. 1 Nr. 60.

[2] Dieselbe Sammlung Bd. 2 Nr. 80.

[3] Dieselbe Sammlung Bd. 3, Nr. 193.

Vollzogen wurde das Gesetz am 4. Juli 1868, und ist in der am 15. Juli in Berlin ausgegebenen Nr. 24 des Bundesgesetzblatts des Norddeutschen Bundes (S. 415—433) publizirt. Es besteht aus 73 Paragraphen. Der letzte Paragraph bestimmt, dass das Gesetz mit dem 1. Januar 1869 in Kraft treten solle. Es ist in 6 Abschnitte eingetheilt; der erste Abschnitt handelt von Errichtung der Genossenschaften §§ 1—8, der zweite von den Rechtsverhältnissen der Genossenschafter unter einander, sowie von den Rechtsverhältnissen derselben und der Genossenschaft gegen Dritte §§ 9—16, der dritte Abschnitt von dem Vorstande, dem Aufsichtsrath und der Generalversammlung §§ 17—33, der vierte von der Auflösung der Genossenschaft und dem Ausscheiden einzelner Genossenschafter §§ 34—39, der fünfte von der Liquidation der Genossenschaft §§ 40—62, der sechste von der Verjährung der Klagen gegen die Genossenschafter §§ 63—65. Unter der Ueberschrift Schlussbestimmungen sind §§ 66—73 hinzugefügt.

Der § 72 des Gesetzes lautet: Die näheren Bestimmungen behufs Ausführung dieses Gesetzes werden von den Regierungen der einzelnen Bundesstaaten im Verordnungswege erlassen. Diese Ausführungsverordnungen sind grossentheils im Laufe des Jahres 1868 erlassen,[4]) einige sind verspätet erschienen, z. B. für das Grossherzogthum Oldenburg erst am 11. Mai 1870.

---

[4]) Sie sind abgedruckt bei Parisius „Die Genossenschaftsgesetze im deutschen Reiche, S. 409—540. Verfügung des preussischen Justizministers vom 17. Dezbr. 1868, des Lauenburgischen Ministeriums vom 15. Dezbr. 1868 S. 411—426, Verfügung des Kgl. Sächs. Ministeriums der Justiz vom 23. Juli 1868 (S. 442, 443); für Mecklenburg-Schwerin und Mecklenburg-Strelitz: Verordnungen vom 2. Januar 1869, vom 5. u. 9. März 1869, vom 18. April 1874 und vom 10. Juli 1875 (Parisius S. 471—481); für das Grossherzogthum Sachsen-Weimar-Eisenach Verordnung vom 25. Novbr. 1868 und 2. Novbr. 1869 (S. 485—497), für Schwarzburg-Sondershausen vom 12. Dezbr. 1868 (S. 486—496), für Schwarzburg-Rudolstadt vom 24. Dezbr. 1868 und vom 28. Septbr. 1869 (S. 486 bis 497), für Reuss jüngere Linie vom 15. Dezbr. 1868 und vom 15. Novbr. 1869 (S. 486 bis 498), für Reuss ältere Linie vom 20. Jan. 1869 und vom 27. Novbr. 1869 (Parisius S. 486—498). Am kürzesten gefasst ist die Ausführungsverordnung für Oldenburg vom 11. Mai 1870, indem sie feststellt, dass die Bestimmungen des Gesetzes vom 18. April 1864, betreffend die Einführung des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, und der mit der Ministerial-Bekanntmachung vom 10. Septbr. 1864 publizirten Vorschriften über die Führung der Handelsregister auch Anwendung auf die Genossenschaftsregister und die eingetragenen Genossenschaften finden sollen. — Die Ausführungsverordnung für Braunschweig ist vom 15. Jan. 1869 (Parisius S. 499—502); für Sachsen-Meiningen vom 19. Dezbr. 1868 (S. 503—506), Sachsen-Altenburg vom 18. Dezbr. 1868 (S. 507—513), Sachsen-Coburg-Gotha vom 9. Dezbr. 1868 und 13. Mai 1869 (S. 513—518), für Anhalt vom 17. Oktober 1868 (S. 518—523), für das Fürstenthum Lippe vom 23. Dezbr. 1868 (S. 526—529), für Lübeck vom 4. Novbr. 1868 S. 529, 530; für Bremen vom 30. Novbr. 1868 S. 530, 531, für Hamburg vom 30. Novbr. 1868 S. 532—534. — Für Schaumburg-Lippe ist eine besondere Ausführungs-Verordnung nicht erlassen; aber in der Ausführungsverordnung für das Handelsgesetzbuch vom 11. Dezbr. 1869 wird beiläufig auch das Genossenschaftsgesetz erwähnt, indem der § 4 bestimmt: Das Handelsregister ist nur für die in dem Handelsgesetzbuche und in dem Bundesgesetze vom 4. Juli 1868, betreffend die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften, vorgeschriebenen Eintragungen bestimmt. (Parisius S. 524, 525.) Nach einer Bemerkung von Parisius S. 524 ist für das Fürstenthum Waldeck gar keine Ausführungsverordnung erlassen.

2. Die für das Königreich Sachsen erlassene Ausführungs-Verordnung vom 23. Juli 1868, wurde von Schulze-Delitzsch heftig angegriffen.[5]) Im Königreich Sachsen war wenige Tage vor Erlass des norddeutschen Bundesgesetzes, nämlich am 15. Juni, ein Gesetz über die juristischen Personen vom Könige vollzogen und am 27. Juni 1868 in dem sächsischen Gesetz- und Verordnungsblatte publizirt. Dieses Gesetz gestattet den Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften, in ihrem Statut Bestimmung darüber zu treffen, ob und welche Geldleistungen die Mitglieder für den Zweck der Genossenschaft übernehmen, insbesondere, ob die Verpflichtung zu dergleichen Leistungen (Haftpflicht) im Voraus ihrem Umfange nach bestimmt (beschränkt) oder nach dem Bedarfe bemessen (unbeschränkt) sein soll;[6]) es erkennt keine Verpflichtung der Mitglieder den Gläubigern der Genossenschaft gegenüber an, diese haben sich nur an die Genossenschaft selbst zu halten, aber letztere hat, wenn die Genossenschaft mit unbeschränkter Haft errichtet ist, das Recht, von den Mitgliedern so viel zu

---

[5]) Zuerst in seiner Ende 1868 erschienenen Schrift: „Die Gesetzgebung über die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften mit besonderer Rücksicht auf die Haftpflicht bei kommerziellen Gesellschaften. Berlin 1869, besonders S. 16—24; sodann durch seine im Reichstage am 1. Juni 1869 gestellte Interpellation, worin er den Bundeskanzler befragte, welche Schritte er gegenüber diesem, dem Art. 2 der Bundesverfassung zuwiderlaufenden Vorgehen der sächsischen Staatsregierung zu thun gedenke. Der Minister Delbrück antwortete am 3. Juni, dass man die Frage Seitens des Bundeskanzleramts zunächst in Gemeinschaft mit der sächsischen Regierung erörtern werde. — Auch Parisius S. 434, Abs. 2 ist derselben Ansicht; er sagt, das Genossenschaftsgesetz vom 4. Juli 1868 sei für das ganze Gebiet des norddeutschen Bundes gegeben, also auch für das Königreich Sachsen, und da dasselbe am 1. Januar 1869 im ganzen norddeutschen Bunde Gültigkeit erlangt habe, so sei mit diesem Tage das sächsische Gesetz vom 15. Juni 1868, soweit es sich auf Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften und deren Eintragung in ein Genossenschaftsregister beziehe, für aufgehoben zu erachten gewesen. Wir fragen hier blos: War das die Absicht des Bundesgesetzes? und meinen, die Frage verneinen zu müssen. §§ 1 und 71 sprechen gegen die Annahme solcher Absicht. — Der Angriff gegen Sachsen wiederholte sich fünf Jahre später im Reichstage, bei Berathung des Gesetzes über Einführung unseres Gesetzes in Bayern, indem Braun in der Sitzung vom 16. Juni 1873 das Verfahren der sächsischen Regierung als ein illoyales bezeichnete. Der sächsische Bundesrathsbevollmächtigte trat diesen Vorwürfen entgegen; über die Streitfrage, sagte er, sei die Bundesprozesskommission gutachtlich gehört worden, die Mitglieder derselben seien verschiedener Ansicht gewesen, die Mehrheit habe sich allerdings gegen, eine Minderheit für die sächsische Auffassung ausgesprochen; ein praktisches Bedürfniss für eine Abänderung des sächsischen Gesetzes sei bis jetzt nicht hervorgetreten, doch sei eine Enquête veranlasst. — Stobbe, Handbuch I S. 406 Not. 3 sagt: „Das sächsische Gesetz vom 15. Juni 1868 über juristische Personen enthält § 61 ff. auch Vorschriften über die Genossenschaften; wo es von dem norddeutschen Bundesgesetz abweicht, darf es nicht beachtet werden, weil die Bundesgesetze gemeines Recht sind.“ Man kann dem zustimmen, aber es existirt keine Abweichung des sächsischen Gesetzes vom Bundesgesetz, da dieses nur solche Genossenschaften normirt, welche sich nach seinen Vorschriften konstituirt haben, die sächsischen gehören zu ihnen nicht, weil sie sich als andere Verbindungen konstituirt haben, von denen das Bundesgesetz ganz absieht.

[6]) Kgl. sächs. Gesetz vom 15. Juni 1868 § 11 Nr. 6.

fordern, als zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich ist. Der § 61 des Gesetzes bestimmt sodann, dass zwar das Statut zu bestimmen habe, nach welchem Verhältnisse die Mitglieder zunächst Einschüsse zu leisten haben, es bleibt aber jedes Mitglied zu Deckung des ganzen, von den übrigen etwa nicht erlangten Bedarfs verpflichtet. Die Klagen aus der Haftpflicht der ausgeschiedenen, sowie der Erben der verstorbenen Mitglieder verjähren nach § 67 in einem Jahre nach Schluss des Quartals, in welchem die Anzeige des Ausscheidens bei Gericht erfolgt ist. Es muss auch das Statut aussprechen, dass die Genossenschaft juristische Persönlichkeit haben solle. (§ 11 des Gesetzes.)

Die Verordnung vom 23. Juli 1868 führt die Ueberschrift: „Verordnung zu Ausführung des Gesetzes vom 15. Juni 1868, die juristischen Personen betreffend, und des Bundesgesetzes vom 4. Juli 1868, betreffend die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften." Danach konnten sich die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften in dreifacher Gestalt constituiren, nach dem sächsischen Gesetz als juristische Personen mit beschränkter und mit unbeschränkter Haft, oder nach dem norddeutschen Bundesgesetz als eingetragene Genossenschaften. Da jedoch letzteres Gesetz erst mit dem 1. Januar 1869 in Kraft treten sollte, so verfügte der § 16 der Ausführungsverordnung, dass der Name oder die Firma einer Genossenschaft, deren Statut oder Gesellschaftsvertrag den Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 4. Juli 1868 nicht entspreche, die zusätzliche Bezeichnung „eingetragene Genossenschaft" nicht enthalten dürfe, und dass diese Bestimmung mit der Bekanntmachung der gegenwärtigen Verordnung in Kraft trete.

3. Vom Standpunkte der Zweckmässigkeit konnte es wohl getadelt werden, dass den Genossenschaften mit unbeschränkter Haftpflicht die Wahl gestattet wurde, ob sie sich als juristische Personen mit unbeschränkter Haft oder als eingetragene Genossenschaften konstituiren wollten, da beide dieselbe Härte enthalten, die erstere Form nur durch Eleganz vor der andern sich auszeichnet. Aber vom Standpunkte des Bundesrechtes lässt sich die Ansicht, dass die Ausführungsverordnung oder das sächsische Gesetz selbst, um dessen Ausführung es sich handelte, eine Verletzung bundesgesetzlicher Vorschriften enthalte, nicht rechtfertigen.

Das Bundesgesetz vom 4. Juli 1868 hat den Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften gegenüber eine ganz andere Stellung genommen, als das Handelsgesetzbuch gegenüber seinen Handelsgesellschaften. Sobald sich eine Gesellschaft zum Zwecke gewerbmässiger Betreibung von Handelsgesellschaften bildet, muss sie sich in die Handelsregister eintragen lassen, und erhält entweder schon durch die Eröffnung ihres Geschäftsbetriebes oder erst durch die Eintragung diejenigen Rechte und Verbindlichkeiten, welche das Gesetz für die betreffende Handelsgesellschaft bestimmt hat. Den Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften aber, d. h. nach § 1 des Gesetzes den Gesellschaften von nicht geschlossener Mitgliederzahl, welche die Förderung des Kredits, des Erwerbes oder der Wirthschaft ihrer Mitglieder mittelst gemeinschaftlichen Geschäftsbe-

triebes bezwecken, tritt unser Gesetz nicht zwingend entgegen, es bleibt für diese Gesellschaften durchaus fakultativ, ob sie sich, wie das Gesetz beschreibt, konstituiren und sich in die Genossenschaftsregister eintragen lassen wollen, oder ob sie vorziehen, dies nicht zu thun. Im letzteren Falle stehen sie ausserhalb unseres Gesetzes. Dies ergibt der § 1 und der zweite Absatz des § 71, welcher es offen ausspricht: „Auf nicht eingetragene Genossenschaften kommen die Bestimmungen dieses Gesetzes nicht zur Anwendung.“ Es ist dabei nicht ausgesprochen, aber gewiss dem Sinne des Gesetzes entsprechend, dass die nicht eingetragenen Genossenschaften sich nicht als eingetragene bezeichnen dürfen. Denn wenn der § 2 bestimmt, die Firma der Genossenschaft müsse vom Gegenstande der Unternehmung entlehnt sein und die zusätzliche Bezeichnung „eingetragene Genossenschaft“ enthalten, so haben sie damit vor allen andern durch einen besonderen, bloss ihnen gebührenden Zusatz erkennbar gemacht werden sollen, diese Absicht des Gesetzgebers würde aber nicht erreicht werden, wenn andere Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften sich denselben Zusatz beilegten. Im Uebrigen mögen sich diese Genossenschaften konstituirt haben oder konstituiren, wie es ihnen beliebt, das Bundesgesetz kümmert sich darum nicht. Manche von ihnen haben durch lex specialis das Recht der juristischen Persönlichkeit erworben, manchen legt das Landesgewohnheitsrecht dieselbe Stellung bei; warum soll nicht ein Landesgesetz dies thun dürfen, wie das königlich sächsische Gesetz vom 15. Juni 1868 es gethan hat?

Nachdem indess Bayern sein Genossenschaftsgesetz in dem Sinne modifizirt hatte (Bundesgesetz vom 23. Juni 1873), dass **für die Zukunft** nur das norddeutsche Bundesgesetz angewandt werden sollte, entschloss sich die königlich sächsische Regierung zu einer Abänderung des sächsischen Gesetzes in demselben Sinne. Nachdem der im Dezember 1873 dem Landtage vorgelegte Gesetzentwurf die Genehmigung beider Kammern erhalten hatte, wurde das Gesetz „wegen theilweiser Aufhebung des Gesetzes vom 15. Juni 1868, die juristischen Personen betreffend“, am 25. März 1874 vollzogen, und eine Ausführungsverordnung von demselben Tage hinzugefügt. Danach sollen künftig in das Genossenschaftsregister nur diejenigen Erwerbs- u. Wirthschaftsgenossenschaften eingetragen werden, welche sich in Gemässheit des Bundesgesetzes konstituirt haben; die für die anderen angelegten Folien sollen geschlossen werden, also keine weiteren Einträge in dieselben erfolgen. Doch bleiben diese Gesellschaften mit den ihnen nach dem Gesetze über die juristischen Personen beigelegten Rechten und Verpflichtungen bestehen, sie müssen diejenigen Wahlen und Beschlüsse, welche auch bisher — zur Eintragung — dem Gerichte angezeigt werden mussten, diesem anmelden, und erhalten darüber gerichtliches Zeugniss. Statt des — nunmehr für sie geschlossenen — Registers werden Akten über jede dieser Genossenschaften geführt.

4. Dass das Bundesgesetz in Preussen, Sachsen-Meiningen u. Sachsen-Weimar-Eisenach an die Stelle der in diesen Staaten in den Jahren 1867 und 1868 erlassenen Gesetze über die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften treten solle, war die dem Gesetze zu Grunde liegende Absicht, und ist auch nicht

angefochten. Besonders ausgesprochen ist es in der Ausführungsverordnung für das Herzogthum Sachsen-Meiningen vom 19. Dezember 1868 Art. 15 Abs. 3. „Auf die nach Massgabe des Gesetzes vom 29. Juni 1867 bereits eingetragenen Genossenschaften findet das Bundesgesetz vom 4. Juli 1868 und die gegenwärtige Verordnung allenthalben Anwendung."

5. Das norddeutsche Bundesgesetz ist auf die süddeutschen Staaten und auf Elsass-Lothringen ausgedehnt worden. Zuerst

im Grossherzogthum Hessen für die nicht zum norddeutschen Bunde gehörigen Theile des Grossherzogthums durch Gesetz vom 4. August 1869, welches mit dem norddeutschen Gesetze völlig übereinstimmt; [7])

im Grossherzogthum Baden legte die Regierung am 28. Sept. 1869 der Kammer einen Gesetzentwurf vor, welcher sich fast allenthalben dem norddeutschen Gesetze anschloss, und nur einige Redaktionsverbesserungen enthielt. Das Gesetz ist am 11. Februar 1870 vollzogen, und am 1. Juni 1870 in Kraft getreten; [8])

jetzt ist für die beiden genannten süddeutschen Staaten unser Gesetz vom 4. Juli 1868, und zwar seit dem 1. Januar 1871, an die Stelle der genannten Landesgesetze getreten; [9])

es ist ferner seit derselben Zeit im Königreich Württemberg zur Geltung gekommen. [10])

6. Anders gestaltete sich das Schicksal unseres Gesetzes in Bayern. Nach längeren Verhandlungen mit den Kammern wurde am 29. April 1869 das Gesetz, die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften betreffend, vollzogen. [11]) Das erste Hauptstück ist überschrieben: „Von den Gesellschaften mit solidarischer Haftpflicht (Genossenschaften)"; es enthält 69 Artikel, fast übereinstimmend mit denselben Paragraphen des norddeutschen Bundesgesetzes. Daran aber schliesst sich das zweite Hauptstück: „Von den Gesellschaften mit beschränkter Haftpflicht Art. 70—80, während unter der

---

[7]) Publizirt im Grossherz. Hess. Regierungsblatt Nr. 40 vom 27. August 1869 S. 661—680. — Goldschmidt's Zeitschr. Bd. 14, S. 340 f.

[8]) Nr. 13 des Gesetz- und Verordnungsblattes für das Grossherzogthum Baden, ausgegeben in Karlsruhe am 28. Februar 1870 (S. 196—208). Der § 71 bestimmte, es werde der Tag, an welchem das Gesetz in Wirksamkeit trete, durch landesherrliche Verordnung festgesetzt. Diese Verordnung vom 5. Mai 1870 bestimmt, dass das Gesetz vom 11. Febr. 1870, vom 1. Juni 1870 an in Wirksamkeit zu treten habe. Gleichzeitig wurde die Vollzugsverordnung des Justizministeriums vom 4. Mai 1870 publizirt. — Ueber die einzelnen Abweichungen vom norddeutschen Gesetze Parisius in der Note zu S. 105; vgl. Goldschmidt's Zeitschr. Bd. 15 S. 151—154.

[9]) Verfassung des deutschen Bundes Art. 80 I Nr. 17. — Bundesgesetzblatt von 1870 S. 647. — Protokoll vom 15. November 1870; daselbst S. 651.

[10]) Vertrag vom 25. November 1870 — Bundesgesetzblatt von 1870 S. 654—657.

[11]) Publizirt im Gesetzblatte vom 28. Mai 1869, Nr. 58 S. 1153—1194, im Amtsblatte der Pfalz am 10. Juni 1869 Nr. 49, S. 1039—1068. Zum Vollzuge des Gesetzes erging eine königliche Verordnung vom 3. Oktbr. 1869 (Regierungsblatt S. 1825—1828, Amtsblatt der Pfalz S. 2217—2219.)

Ueberschrift „Schlussbestimmung" nur der Zeitpunkt der Wirksamkeit des Gesetzes festgestellt ist; dasselbe soll mit dem Tage der Verkündung im Gesetzblatt, beziehungsweise Amtsblatt der Pfalz, in Wirksamkeit treten. Auch diese Gesellschaften, welche die Bestimmung, dass alle Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft solidarisch und mit ihrem ganzen Vermögen haften, nicht in ihren Gesellschaftsvertrag aufnehmen, sondern bestimmen, dass jeder Gesellschafter nur mit einer bestimmten Einlage und wiederkehrenden Beiträgen bis zu einer bestimmten Höhe haftet, erwerben — nach Art. 70 — die in den nachfolgenden Artikeln bezeichneten Rechte einer **„registrirten Gesellschaft"** unter den nachstehend angegebenen Bedingungen. Der Art. 72 zählt dann fast alle Artikel des ersten Hauptstücks auf, und wendet dieselben auf die registrirten Gesellschaften an. Bei dem Handelsgericht ist ein eigenes Register für die eingetragenen Genossenschaften, und ein davon getrenntes für die registrirten Gesellschaften zu führen.

Als Bayern zum Zwecke seines Beitritts zur Verfassung des deutschen Bundes den Vertrag vom 23. November 1870 abschloss, wurde in dem daneben errichteten Schlussprotokolle von demselben Tage[12]) unter Nr. III. § 8 im zweiten Absatz festgestellt: Im Uebrigen (nämlich ausser dem Wahlgesetze für den Reichstag) bleibt die Erklärung der im norddeutschen Bunde ergangenen Gesetze zu Bundesgesetzen für das Königreich Bayern, soweit diese Gesetze auf Angelegenheiten sich beziehen, welche verfassungsmässig der Gesetzgebung des deutschen Bundes unterliegen, der Bundesgesetzgebung vorbehalten. — In dem nach etlichen Monaten, am 22. April 1871 erlassenen Reichsgesetze werden die einzelnen Gesetze, welche in Bayern eingeführt werden sollen, aufgezählt; aber das Genossenschaftsgesetz findet sich nicht in demselben. Als bei der Berathung dieses Gesetzes im Reichstage am 31. März 1871 es getadelt wurde, dass nicht alle norddeutschen Bundesgesetze zur Einführung gelangen sollten, hob der bayerische Minister von Lutz hervor, dass das norddeutsche Bundesgesetz vom 4. Juli 1868 deshalb nicht aufgeführt worden, weil die nach dem bayerischen Gesetz zugelassenen registrirten Gesellschaften — mit beschränkter Haftbarkeit — sich als sehr lebenskräftig erwiesen hätten, dass selbst im norddeutschen Bunde die Jurisprudenz zu schwanken anfange, und sich bereits erhebliche technische Stimmen für die Zulassung von Genossenschaften mit beschränkter Haftbarkeit aussprechen.[13])

Jetzt begann die Agitation der unter Schulze's Leitung stehenden Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften. Der in Nürnberg tagende Verein nahm am 21. August 1871 mit allen Stimmen gegen die einzige eines norddeutschen Juristen den Antrag an: „Der 12. Vereinstag der deutschen Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften erklärt sich gegen die Personalgenossenschaften mit beschränkter

---

[12]) Reichsgesetzblatt 1871 S. 21.

[13]) Parisius S. 105. Auf dem achten deutschen Juristentage — Heidelberg, August 1869 — wurde ein auf Zulassung solcher Genossenschaften gestellter Antrag — von Goldschmidt — angenommen.

Haftpflicht und spricht sich insbesondere gegen die dahingehenden Bestimmungen des bayerischen Genossenschaftsgesetzes aus." [14])

Zwei Jahre später unternahmen die bayerischen Genossenschaften einen Petitionssturm; 8 eingetragene Münchener Genossenschaften, denen sich 36 Genossenschaften aus dem rechtsrheinischen Bayern anschlossen, sowie 19 Rheinpfälzische Vorschussvereine, forderten in ihren Eingaben an den Reichstag vom 11. Mai 1873 Einführung des Genossenschaftsgesetzes vom 4. Juli 1868 in Bayern. Die Petitionskommission des deutschen Reichstages beschloss am 30. Mai 1873 einstimmig, die Petitionen dem Reichskanzler mit dem Antrage zu überweisen, er möge noch im Laufe der Session die Vorlage eines entsprechenden Gesetzentwurfs veranlassen. Dies bewog die bayerische Regierung, ihre Zustimmung zu dem Antrage der Petenten zu geben. Schon am 12. Juni 1873 legte der Reichskanzler dem Reichstage einen vom Bundesrath beschlossenen Gesetzentwurf vor, in dessen Motiven ausgesprochen war, dass er das Ergebniss der durch die Petitionen veranlassten Erwägungen der königlich bayerischen Staatsregierung sei. Der Gesetzentwurf wurde vom Reichtage am 16. und 17. Juni in dreimaliger Berathung genehmigt. Vollzogen ist das Gesetz am 23. Juni 1873. [15]) Nach demselben tritt das Gesetz des norddeutschen Bundes vom 4. Juli 1868 — nebst der Deklaration vom 19. Mai 1871 — am 1. August 1873 im Königreich Bayern in Kraft. Die vor dem 1. August 1873 nach Vorschrift des bayerischen Gesetzes vom 29. April 1869 vollzogenen Einträge in das Genossenschaftsregister sollen als Einträge in das Genossenschaftsregister im Sinne der §§ 4 bis 8 des norddeutschen Gesetzes vom 4. Juli 1868 gelten. Der § 2 des Reichsgesetzes bestimmt:

„Für die rechtlichen Verhältnisse der auf Grund des bayerischen Gesetzes vom 29. April 1869 ... vor dem 1. August 1873 eingetragenen „registrirten Gesellschaften" bleiben die Bestimmungen des letzterwähnten Gesetzes massgebend." [16])

---

[14]) Parisius S. 107.

[15]) Reichsgesetzblatt von 1873, S. 146.

[16]) Eine Ausführungsverordnung erfolgte am 8. August 1873. Später erfolgte eine Bekanntmachung des Staatsministeriums der Justiz vom 27. August 1873. Hervorzuheben aus derselben ist der zweite Absatz des § 7: „Neue Eintragungen registrirter Gesellschaften mit beschränkter Haftpflicht in das bisher für dieselben bestimmte Register sind vom 1. August 1873 an gesetzlich ausgeschlossen. Solche Eintragungen jedoch, welche sich auf die Verhältnisse der vor dem 1. August 1873 eingetragenen, registrirten Gesellschaften beziehen, erfolgen auch fernerhin noch gemäss den Bestimmungen der Bekanntmachung vom 23. September 1869." Parisius S. 431—433. — Dass neue Eintragungen registrirter Gesellschaften gesetzlich ausgeschlossen seien, ist zwar aus den Worten des Reichsgesetzes vom 23. Juni 1873 nicht abzuleiten, aber der Absicht des Gesetzes durchaus entsprechend, da die Entstehungsgeschichte dieses Reichsgesetzes beweist, dass es geradezu gegen die fernere Eintragung registrirter Gesellschaften habe gerichtet werden sollen. Dass man nicht, wie dies im folgenden Jahre im Königreiche Sachsen geschehen ist, die Folien der registrirten Gesellschaften — in Sachsen Genossenschaften mit beschränkter Haftpflicht — für geschlossen erklärte, sondern ruhig weiter führen liess, ist gewiss zu billigen.

7. In Betreff des seit Jahren geführten Kampfes zwischen den beiden Systemen der Genossenschaft, Solidarhaft oder beschränkte Haft, ist zu bemerken: es handelt sich dabei nicht um eine streitige Rechtsfrage, um einen Kampf unter den Juristen, sondern um einen Streit de lege ferenda, es ist eine eminent wichtige legislative Frage. Diese kann nun allerdings von zwei Seiten, von einer rein theoretischen und dann von der praktischen Seite — der Zweckmässigkeit — einer Untersuchung unterworfen werden. Von der ersteren Seite ist der Ausführung Schulze's [17]) gewiss beizupflichten, dass die Solidarhaft der Mitglieder die einzige Kredit-Basis der Genossenschaften sei, denn während die Kredit-Basis der Aktiengesellschaften ein von ihrer Errichtung an fest bestimmter Kapitalfonds sei, fehle dieser bei den Genossenschaften, selbst der aus ihren Einlagen gebildete Fonds sei bei dem gestatteten freien Austritte und dem Rechte des Austretenden, seine Einlagen zurückzuziehen, ein ewig unbestimmter, weshalb der Kredit dieser Gesellschaften ebenso wie der der offenen Handelsgesellschaft auf der Solidarhaft ihrer Mitglieder beruhen müsse.

Von praktischem Standpunkte wird betont, dass dieses System sich seither bewährt habe, und dass die Genossenschaften sich wiederholt für die Beibehaltung desselben in ihren Versammlungen und ihren Petitionen ausgesprochen haben. Hier wird die Frage erörtert, als ob es sich darum handle, den bestehenden Genossenschaften ihre Kredit-Basis zu entziehen; aber dies ist ja niemals versucht worden. Die Frage ist vielmehr die, ob man Gesellschaften mit nicht geschlossener Mitgliederzahl, welche ökonomische Zwecke durch gemeinsamen Geschäftsbetrieb verfolgen, ohne die solidarische Haft ihrer Mitglieder festzustellen, gesetzlich organisiren solle. Es handelt sich nur um dieses, denn ihre Zulassung ohne gesetzliche Organisation ist ebenfalls nicht angefochten, mögen sie sich nun als anomale Sozietäten oder in welcher sonstigen Form gestalten. Gekämpft ist nur gegen die gesetzliche Organisation dieser Gesellschaften, die im Königreiche Sachsen als juristische Personen und im Königreiche Bayern als registrirte Gesellschaften ihre Rechts- und Prozessfähigkeit erlangt hatten. Dass die Solidarhaft geeignet ist, den Genossenschaften den nöthigen Kredit zu verschaffen, muss als selbstverständlich anerkannt werden, sie erlangen dadurch auch einen wohlfeilen Kredit, und so liegt sie im Interesse nicht bloss der Gläubiger, welche die ausgedehnteste Sicherheit erhalten, sondern auch im Interesse der Genossenschaft selbst. Die Mitglieder tröstet man damit, dass durch Einführung des Vertheilungsverfahrens die Gefahr der Solidarhaft, die auch nur als eine solidarische Bürgschaft sich darstelle, möglichst abgeschwächt sei. Dieser Trost ist ungenügend, indem zwar durch jenes Verfahren eine Vielheit von Prozessen gegen die Mitglieder, und damit die Gefahr der Prozesskosten möglichst verringert wird, aber die Gefahr, einen durch Unglück oder durch Unredlichkeit der Beamten entstandenen grossen Verlust decken zu müssen, lässt

---

[17]) Die Gesetzgebung über die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften mit besonderer Rücksicht auf die Haftpflicht bei kommerziellen Gesellschaften von Schulze-Delitzsch, derzeitigem Genossenschafts-Anwalt, Berlin 1869.

sich nicht ableugnen. Wie die Solidarhaft zu völligem ökonomischen Ruin der Verpflichteten führen könne, das sieht man aus den Mittheilungen über die City of Glasgow-Bank; das nach ausgebrochenem Konkurse ermittelte Defizit mehrerer Millionen Pfund Sterling ist durch ein dem unserigen gleiches Distributionsverfahren von den Aktionären einzuziehen unternommen, und hat eine grosse Anzahl mässig bemittelter Einwohner in Glasgow um ihr ganzes Vermögen gebracht. Unsere Volksbanken werden wohl schwerlich mit einem so hohen Defizit ihre Existenz abschliessen, aber dass die Gefahr keine illusorische sei, kann gar nicht bezweifelt werden. Durch den Zusammenbruch einer Anzahl von Kreditgenossenschaften haben die Genossenschafter ihr ganzes Vermögen eingebüsst.

Von praktischem Standpunkte ist zunächst zu fragen, ob allen Arten der Genossenschaften zu ihrer gedeihlichen Existenz eine solide Kredit-Basis erforderlich sei. Von den Vorschuss- und Kredit-Vereinen muss dies bejaht werden; die andern aber können mit einer weniger gesicherten Kredit-Basis wohl prosperiren, z. B. die Konsumvereine. Wenn diese nur eine mässige Summe von ihren Mitgliedern sich verschafft haben, um die Kosten der ersten Einrichtung zu decken, daneben nur gegen Baarzahlung verkaufen, wie dies die Konsumvereine regelmässig als Geschäftsprinzip aufstellen, ferner keine Vorräthe an Waaren aufsammeln, sondern nur so viel kaufen, wie sie in den nächsten Wochen verkaufen werden, so können sie die von ihnen eingekauften Waaren schon nach wenigen Wochen bezahlen, und diese Zahlung wird ihnen, wenn sie die erzielten Ueberschüsse zum grossen Theile ansammeln, von Jahr zu Jahr leichter. Die nöthigen Waaren sendet ihnen der Fabrikant oder Grosshändler, ohne Anstoss daran zu nehmen, dass die Mitglieder persönlich gar nicht haften, es genügt ihm die Solidität der Geschäftsgebahrung.

Vom Standpunkte der Gesetzgebung entsteht nur die Frage, ob die Gläubiger gegen die Genossenschaften besonders geschützt werden müssen. Diese Frage ist in Betreff der Vorschuss- und Kredit-Vereine, der jetzt so genannten Volksbanken, wohl zu bejahen.[18]) Dagegen könnte, wie in England — s. Note 18 — den Genossenschaften, deren Unternehmen nicht Bankgeschäfte zum Gegenstand hat, die Wahl gegeben werden, ob sie sich als Genossenschaften mit beschränkter oder mit unbeschränkter Haftverbindlichkeit ihrer Mitglieder organisiren

[18]) Darum gestattet auch das englische Gesetz vom 7. August 1862, the Industrial and Provident Societes Act, 1862, den von ihm geordneten Vereinen mit beschränkter Haft, nicht, Bankgeschäfte zu betreiben, sei es in Grossbritannien oder anderswo; daneben ist noch der Gruben- und Bergwerksbetrieb in Grossbritannien ausgenommen, „except the working of Mines, Minerals, or Quarries beyond the Limits of the United Kingdom of Great Britain and Ireland, and also except the Business of Banking, wheter in the said United Kingdom or elsewhere.“ Abgedruckt in der in voriger Note genannten Schrift S. 142—148. In Folge der durch Zahlungseinstellung der City of Glasgow Bank eingetretenen grossen Kalamitäten ist durch Parlamentsakte vom 15. August 1879 nunmehr auch den Banken gestattet, die persönliche Haftverbindlichkeit der Aktionäre auszuschliessen, sie müssen aber einen Reservefonds bilden, welcher nur im Falle der Liquidation einbezogen werden darf. Die grössere Zahl der englischen Banken soll diese Veränderung bereits angenommen haben.

wollen, ohne dass ihnen im ersten Falle die Anerkennung der Rechts- und Prozessfähigkeit versagt würde.[19])

8. Für Elsass-Lothringen ist das Genossenschaftsgesetz nebst der Deklaration vom 19. Mai 1871 durch Gesetz vom 12. Juli 1872[20]) mit der Bestimmung eingeführt, dass es daselbst vom 1. Oktober 1872 an in Wirksamkeit treten soll.

Jetzt gilt somit das Genossenschaftsgesetz im ganzen deutschen Reiche, und zwar
seit dem 1. Januar 1869 im Norddeutschen Bunde,
„ „ 1. Januar 1871 in Württemberg, Baden und Südhessen,
„ „ 1. Oktober 1872 in Elsass-Lothringen,
„ „ 1. August 1873 in Bayern.

---

[19]) Auch in Frankreich haben die Gesellschaften mit wechselndem Kapital durch das Gesetz vom 24. Juli 1867 „sur les sociétés“ ihre Anerkennung gefunden. Diese Gesellschaften sind, gleich unseren Genossenschaften, Vereine von nicht geschlossener Mitgliederzahl, mit dem Rechte des freien Austritts und der Aufnahme neuer Mitglieder, und die Mitglieder können sich mit einem oder mit mehreren Geschäftsantheilen betheiligen; diese heissen Aktien, können nur auf Namen gestellt werden, lauten mindestens auf 50 fr., dürfen erst übertragen werden nach voller Einzahlung des Nominalbetrages; die Uebertragung erfordert den Eintrag in die Register der Gesellschaft, und die Statuten der Gesellschaft können bestimmen, dass ihre Organe — Verwaltungsrath oder Generalversammlung — die Genehmigung zur Uebertragung versagen dürfen. Die betreffenden Art. 48—54 des genannten Gesetzes vom 24. Juli 1867 sind abgedruckt bei Schulze (in dem Note 17 genannten Buche) S. 148 und 149.

Auch das österreichische Gesetz vom 9. April 1873 über Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften enthält in seinem dritten Hauptstück §§ 76—86 besondere Bestimmungen für die Genossenschaften mit beschränkter Haftpflicht, weicht aber vom englischen und französischen Rechte darin ab, dass jedes Mitglied nicht blos mit seinem Geschäftsantheile, sondern mindestens noch mit einem Betrage in gleicher Höhe für die Schulden der Gesellschaft haftet. § 76 lautet: „Jedes Mitglied einer mit beschränkter Haftung errichteten Genossenschaft haftet im Falle des Konkurses oder der Liquidation für deren Verbindlichkeiten, insofern der Gesellschaftsvertrag nicht einen höheren Haftungsbetrag festsetzt, nicht nur mit seinem Geschäftsantheile, sondern auch noch mit einem weiteren Betrage in der Höhe derselben.“ — Aehnlich, wie dies in Bayern geschehen ist, wird auch in Oesterreich gegen die Genossenschaften mit beschränkter Haftpflicht agitirt. Der dritte Vereinstag des allgemeinen Verbandes der Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften in Oesterreich zu Wien hat am 6. Septbr. 1875 auf Antrag des ersten Verbandes der Landvorschussvereine Niederösterreichs einstimmig folgenden Beschluss gefasst: „Die beschränkte Haftung der Genossenschaften behindert die gedeihliche Entfaltung des österreichischen Genossenschaftswesens und es ist deshalb wegen Abänderung der bezüglichen Bestimmungen des Genossenschaftsgesetzes vom 9. April 1873 eine wohlbegründete Eingabe an die gesetzgebenden Körperschaften zu richten. Die Wahl des Zeitpunktes für die Eingabe bleibt dem Anwalte im Einvernehmen mit dem engeren Ausschusse überlassen.“ Parisius, Die Genossenschaftsgesetze. S. 109.

In Oesterreich hat man sich aber nicht, wie in Bayern, durch solche Agitationen bestimmen lassen, den angefeindeten Genossenschaften den gesetzlichen Schutz zu entziehen.

[20]) Gesetzblatt für Elsass-Lothringen 1872 Nr. 18 S. 511—528. Es ist dazu eine Ausführungsverordnung vom 28. September 1872 und gleichzeitig eine Instruktion, betreffend die Führung des Handelsregisters erlassen. Parisius, Genossenschaftsgesetze S. 535—540. Jenes Gesetz ist daselbst S. 405 abgedruckt.

III. Die Deklaration vom 19. Mai 1871 und die späteren Gesetze.

§ 146.

Das Genossenschaftsgesetz normirt die Rechtsverhältnisse der Genossenschaften, worunter es nach § 1 versteht: „Gesellschaften von nicht geschlossener Mitgliederzahl, welche die Förderung des Kredits, des Erwerbes oder der Wirthschaft ihrer Mitglieder mittelst gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebes bezwecken." Es werden dann „namentlich" fünf Arten genannt:

1. Vorschuss- und Kreditvereine,
2. Rohstoff- und Magazinvereine,
3. Vereine zur Anfertigung von Gegenständen und zum Verkaufe der gefertigten Gegenstände auf gemeinschaftliche Rechnung (Produktivgenossenschaften),
4. Vereine zum gemeinschaftlichen Einkauf von Lebensbedürfnissen im Grossen und Ablass in kleineren Partien an ihre Mitglieder (Konsumvereine),
5. Vereine zur Herstellung von Wohnungen für ihre Mitglieder.

Bei Nr. 1—3 findet sich eine Hervorhebung der Geschäfte der Genossenschaften mit ihren eigenen Mitgliedern nicht, bei Nr. 4 und 5 allerdings, aber durch die Aufzählung der fünf Arten sollte ein Ausschluss anderer Gesellschaften, welche die gesetzlich bezeichneten Zwecke verfolgen, nicht bestimmt werden. Wohl könnte man sagen, Konsumvereine im Sinne des Gesetzes (Nr. 4) sind nur Vereine zum gemeinschaftlichen Einkauf von Lebensbedürfnissen im Grossen und Ablass in kleineren Partien **an ihre Mitglieder**, aber es ist dadurch nicht ausgeschlossen, dass die Vereine auch an Nichtmitglieder verkaufen, und sich dennoch in Folge des ihnen eingeräumten Rechtes, eine Firma zu wählen, Konsumvereine nennen. Dass die unter Nr. 3 bezeichneten Produktivgenossenschaften an Nichtmitglieder ihre Erzeugnisse verkaufen wollen und dürfen, ist wohl selbstverständlich. Aber verschiedene preussische Gerichte hegten eine abweichende Meinung [1]. Das Kreisgericht zu Brandenburg verweigerte die

[1] Die hier im Texte folgenden Thatsachen sind aus Parisius, Die Genossenschaftsgesetze, S. 170—172 entnommen.

Eintragung einer Statutänderung, wonach der brandenburgische Vorschussverein den An- und Verkauf von Staatspapieren auch für Rechnung von Nichtmitgliedern übernehmen dürfe, weil diese Bestimmung mit dem im § 1 des Gesetzes ausgesprochenen Zweck derartiger Gesellschaften, welche lediglich den internen Geschäftsbetrieb der Mitglieder selbst verfolgen und dadurch deren Kredit und Erwerb herbeiführen sollen, nicht übereinstimme. Auf eine Beschwerde bestätigte das Kammergericht zu Berlin die Verfügung des Kreisgerichts, indem es anführte: „Ein An- und Verkauf von Staatspapieren auch für Rechnung von Nichtmitgliedern bezwecke nicht die Förderung der Interessen der einzelnen Mitglieder der Gesellschaft als solcher, sondern das der Gesammtheit unabhängig von dem der einzelnen Mitglieder. Die von der Generalversammlung beschlossene Statutänderung überschreite daher die den Genossenschaften durch das Gesetz gestellte Kompetenz." — Der Iserlohner Konsumverein beschloss, auch an Nichtmitglieder zu verkaufen. Dieserhalb denunzirt, wurde er zwar vom Kreisgericht Iserlohn freigesprochen, aber als die Kaufleute in Iserlohn sich nunmehr bei dem Handelsminister beschwerten, erklärte dieser in seiner Resolution, das freisprechende Urtel des Kreisgerichts Iserlohn sei irrig, und es solle die Regierung gegen den Iserlohner Konsumverein, sofern er nicht freiwillig vom Verkauf an Nichtmitglieder abgehe, von Neuem ein gerichtliches Verfahren einleiten und nöthigenfalls auch die höheren Instanzen angehen. Als der Elberfelder Konsum- und Sparverein, der an Jedermann verkauft, sich in das Genossenschaftsregister eintragen lassen wollte, wurde sein Antrag am 17. August 1870 vom Handelsgericht zu Elberfeld abgewiesen. Die hiergegen eingewandte Berufung wurde vom Appellationsgerichte zu Köln am 25. Januar 1871 zurückgewiesen, und diese Zurückweisung darauf gestützt, dass es nach der Wortfassung des § 1 unerlaubt sei, dass Konsumvereine auch an Nichtmitglieder Waaren verkaufen. Der Elberfelder Verein wandte sich gleichzeitig beschwerend an den Reichstag und an das Reichskanzleramt. Der Reichstag nahm am 29. April 1871 auf mündlichen Bericht der Petitionskommission den Antrag an: Die Petition dem Reichskanzler mit dem Ersuchen zu überweisen, dem Reichstage schleunigst und jedenfalls noch im Laufe der Session eine Gesetzesvorlage zu machen. Minister Delbrück erklärte in der Diskussion, dass im Bundeskanzleramt bereits aus Veranlassung derselben Petition ein Gesetzentwurf ausgearbeitet sei. Dieser wurde am 8. Mai 1871 eingebracht und vom Reichstage in der 33. und 34. Sitzung, am 12. und 13. Mai 1871 in dreimaliger Berathung ohne alle Debatte angenommen. Das Gesetz ist am 19. Mai 1871 vollzogen und in Nr. 21 des Reichsgesetzblattes, ausgegeben zu Berlin den 25. Mai 1871, S. 101 veröffentlicht.[2])

Diese Deklaration trat, wie aus dem Zwecke und schon aus ihrer Bezeich-

---

[2]) Gesetz, betreffend die Deklaration des § 1 des Gesetzes vom 4. Juli 1868. „Einziger Paragraph. Die im § 1 des Gesetzes vom 4. Juli 1868 (Bundesgesetzbl. S. 415) bezeichneten Gesellschaften verlieren den Karakter von Genossenschaften im Sinne des gedachten Gesetzes dadurch nicht, dass ihnen die Ausdehnung ihres Geschäftsbetriebes auf Personen, welche nicht zu ihren Mitgliedern gehören, im Statute gestattet wird."



nung sich ergibt, nicht bloss sofort in Geltung, sondern es ist ihr auch rückwirkende Kraft beizulegen, der § 1 des Gesetzes vom 4. Juli 1868 so auszulegen, als wenn diese Deklaration sofort dem Gesetze einverleibt wäre.

In Elsass-Lothringen trat sie am 1. Oktober 1872, in Bayern am 1. August 1873 in Kraft, in beiden Gebieten zugleich mit dem Genossenschaftsgesetze.

Von neueren Gesetzen sind hier noch zu erwähnen:

1. die Reichszivilprozessordnung vom 30. Januar 1877, § 19, Abs. 1. 3. § 22, § 23.

2. das Einführungsgesetz zur Civilprozessordnung von demselben Tage § 13: „Die prozessrechtlichen Vorschriften der Reichsgesetze werden durch diese Civilprozessordnung nicht berührt."

3. die Konkursordnung vom 10. Februar 1877, §§ 193—196, §§ 209—211, § 214.

4. Einführungsgesetz zur Konkursordnung, von demselben Tage. § 3: „Die den Konkurs betreffenden Vorschriften der Reichsgesetze werden durch die Konkursordnung nicht berührt."

Aufgehoben werden:

1. die Vorschriften des § 51 des Gesetzes, betreffend die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften, vom 4. Juli 1868, sowie die im § 48 desselben Gesetzes bestimmte Zuständigkeit des Handelsgerichts:

letzter Absatz des § 3: „Die Verjährung zu Gunsten eines zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens ausgeschiedenen oder ausgeschlossenen Genossenschafters (§ 64 Abs. 1 des Gesetzes vom 4. Juli 1868) wird auch durch Anmeldung der Konkursforderung unterbrochen."

5. Gesetz gegen die gemeingefährlichen Bestrebungen der Sozialdemokratie vom 21. Okt. 1878. — Die Geltung dieses Gesetzes ist durch das Reichsgesetz vom 31. Mai 1880 bis zum 30. Sept. 1884 erstreckt worden.

IV. Begriff und rechtliche Natur.

§ 147.

1. Eingetragene Genossenschaften sind die in die öffentlichen Register eingetragenen Gesellschaften von nicht geschlossener Mitgliederzahl, welche die wirthschaftliche Förderung ihrer Mitglieder durch gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb bezwecken, und in ihren Statuten die solidarische Haftung ihrer Mitglieder für die Schulden der Gesellschaft bestimmt haben.

2. Vor Allem unterscheiden sich diese Vereinigungen von allen Gesellschaften des römischen Rechtes und des Handelsgesetzbuches durch die nicht geschlossene Mitgliederzahl. Die römische Sozietät ensteht durch einen Konsensualvertrag zweier oder mehrerer Personen, gerichtet auf das Halten einer erlaubten vermögensrechtlichen Gemeinschaft. Durch den Tod eines Mitgliedes oder dadurch, dass ein solches in Konkurs geräth, geht die Gesellschaft unter, und wenn ein neues Mitglied aufgenommen wird, so ist damit eine neue Sozietät entstanden. Es kann nach römischem Sozietätsrecht verabredet werden, dass nach dem Tode eines Mitgliedes die Gesellschaft unter den übrigen bestehen bleiben solle, und dies gilt auch nach dem H.G.B. Art. 127. Bei der Genossenschaft ist es dagegen selbstverständlich, dass ihre Existenz durch das Ausscheiden einzelner Mitglieder gar nicht alterirt wird; sie bildet einen lebendigen Organismus mit jederzeit möglichem Ab- und Zugang der Mitglieder. Das ist die Bedeutung der nicht geschlossenen Mitgliederzahl.

3. Der Zweck ist die **wirthschaftliche** Förderung ihrer Mitglieder. Die Förderung anderer Interessen, Hebung der Intelligenz, Förderung der Geselligkeit, der Sittlichkeit, der Religion, bleibt ausgeschlossen. Das ist Aufgabe anderer Vereine, der Familie, der Gemeinde, der Kirche, des Staates. Das Gesetz bezeichnet im § 1 als Zweck: Förderung des Kredites, des Erwerbes oder der Wirthschaft ihrer Mitglieder. Der letztere Zweck umfasst die beiden ersteren mit, denn die Wirthschaft der Menschen erhält ihre Förderung, wenn ihnen sichere Gelegenheit geboten wird, ihren Geldbedarf zu befriedigen, besonders wenn dies gegen mässige Zinsen geschieht, wie denn umgekehrt der Mangel eines gesicherten Kredits die geldbedürftigen Menschen leicht in die

Hände der Wucherer treibt, und dadurch ihren wirthschaftlichen Niedergang herbeiführt. Noch weniger kann dies von dem zweitgenannten Zwecke, dem Erwerbe, bezweifelt werden. Erhöhung der Einnahmen und Verminderung der Ausgaben, jede für sich, und beide in ihrer Verbindung, heben die Volkswirthschaft und die Privatwirthschaft. Man bezeichnet darum unsere Genossenschaften am einfachsten als wirthschaftliche, jene beiden Zusätze sind pleonastisch, und darum bei Formirung des Begriffes zu vermeiden. Noch weniger statthaft würde es sein, die fünf Beispiele, welche der § 1 des Gesetzes enthält, in den Begriff aufzunehmen, denn keine Art wirthschaftlicher Thätigkeit ist den Genossenschaften verschlossen. Es kauft z. B. eine Genossenschaft etliche Inseln oder grosse Landstrecken in Deutschland oder in irgend einem andern Lande; sie cultivirt den gewonnenen Boden, errichtet Farmen, baut Häuser, treibt Ackerbau, Viehzucht, Bergbau, Fischerei, erbaut eine grosse Handelsflotte, importirt und exportirt eigene Produkte oder fremde, legt Fabriken aller Art an, beschäftigt dabei und bei jenen Erwerbszweigen ihre eigenen Mitglieder oder fremde Menschen, legt Banken an, diskontirt Wechsel, kauft und verkauft Edelsteine, Edelmetalle oder beliebige andere Waaren, auch Staatspapiere und sonstige Werthpapiere, verleiht Geld gegen Hypothek, Faustpfand mit oder ohne Bürgschaft, mit einem Worte sie treibt jede Art von Gewerbe, vielleicht mit solchem Erfolge, dass sie auf ihrem Gebiete jede Erwerbsthätigkeit der Privatpersonen, Handelsgesellschaften und sonstiger merkantiler oder industrieller Vereine thatsächlich verdrängt, man darf nicht sagen, das sei ein Missbrauch ihres Rechtes, wenngleich das Gesetz solche umfassende Thätigkeit wohl nicht vorausgesetzt hat. Sie wird auch nicht leicht eine solche Ausdehnung erlangen, es steht ihr aber rechtlich nichts entgegen, dass sie solchen Umfang gewinne. Aber wenn sie ihr Geld verwendet, um Schulen anzulegen, Gesellschafts- und Lesezimmer einzurichten, Bälle und Konzerte zu veranstalten, Vereine für Volksbildung zu unterstützen, die Interessen politischer oder sozialer Parteien zu fördern, so ist sie aus dem Rahmen ihrer Berechtigung herausgetreten, denn alle diese Zwecke sind keine wirthschaftliche.

4. Das dritte karakteristische Merkmal der wirthschaftlichen Genossenschaften ist der gemeinschaftliche Geschäftsbetrieb, oder genau ausgedrückt, der Geschäftsbetrieb in ihrem Namen und auf ihre Rechnung durch ein dazu bestimmtes Organ, den Vorstand.[1]) Nur durch diesen kann die Gesellschaft

---

[1]) Es giebt manche den Genossenschaften ähnliche Verbindungen, die aber gerade wegen des Mangels eines gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebes nicht Genossenschaften sind. V. A. Huber: Die latente Assoziation (Soziale Fragen IV), Nordhausen 1866, bezeichnet solche Verbindungen als latente Genossenschaften. Das Eigenthümliche derselben besteht nach seiner Darstellung darin, dass „die Anregung und Leitung und die Beschaffung gewisser äusserer Anstalten und Bedingungen der genossenschaftlichen Wirthschaft und Geschäfte nicht selbständig aus der Genossenschaft selbst sich gestaltet, sondern von Aussen und von Faktoren dargeboten wird, welche anderen sozialen Klassen angehören, ohne jedoch irgend in den Begriff der eigentlichen Wohlthätigkeitsanstalten, der

Rechtsgeschäfte abschliessen; wenn die einzelnen Mitglieder in Angelegenheiten der Gesellschaft arbeiten, wie das bei den Produktivgenossenschaften vorkommen kann, und die gemeinschaftlich gefertigten Waaren auf gemeinschaftliche Rech-

---

Armenpflege, zu fallen." So z. B. eröffnet ein Fabrikant Verkaufsläden zur Beschaffung der nothwendigen Lebensbedürfnisse für seine Arbeiter, er erbaut Wohnungen für dieselben, um sie ihnen gegen ein geringes Miethgeld zur Benutzung zu überlassen. Zwingt der Fabrikant seinen Arbeitern jene Lebensmittel und diese Wohnungen auf, so bildet dies das sg. Trucksystem und das sg. Kottagesystem, wobei der Fabrikant Gewinn erzielen, also am Lohne sparen will. Gibt der Fabrikant Beides auf, und begnügt sich mit üblicher Verzinsung des aufgewandten Kapitales, so verbessert er damit die ökonomische Lage der Arbeiter. Dies ist in Mühlhausen im Elsass geschehen, und hier und da in andern deutschen Gebieten nachgeahmt. Ueber die zu Mühlhausen im Elsass und in der Umgegend bestehenden Einrichtungen geben Aufschluss die Schriften von Eugène Véron, les institutions ouvrières de Mulhouse et des environs, Paris 1366, und von A. Penot, les cités ouvrières de Mulhouse et du département du Haut-Rhin, Mulhouse 1867, sowie les institutions privées du Haut-Rhin, notes rémisés au comité départemental pour l'exposition universelle de 1867, Mulhouse 1867. Eine deutsche Uebersetzung der letzteren Schrift: Die Privatanstalten zur Hebung des Wohles der arbeitenden Klassen in den Fabriken des Oberrheins, von A. Penot, Augsburg 1870. — Ueber ähnliche Einrichtungen: A. Staub, Beschreibung des Arbeiterquartieres und der damit zusammenhängenden Institutionen von Staub u. Komp. in Kuchen bei Geislingen in Württemberg, Stuttgart 1868. Emil Sax, Die Wohnungszustände der arbeitenden Klassen und ihre Reform, Wien 1869, S. 106—124. Verhandlungen der Bonner Konferenz für die Arbeiterfrage im Juni 1870, Berlin 1870, S. 11—33.

Eine andere Einrichtung bezeichnet V. A. Huber als Dividendengenossenschaft oder die Betheiligung der Arbeiter am Reingewinne des Unternehmens, indem dieselben neben dem gewöhnlichen Arbeitslohne einen Theil des Ertrages als Dividende beziehen. Der ganze Ertrag des Geschäftes wird nämlich, nachdem die gewöhnlichen Arbeitslöhne an die Arbeiter bezahlt und die landesüblichen Zinsen für das im Geschäfte verwendete Kapital abgezogen sind, nach einem bestimmten Prozentsatze zwischen den Arbeitern und dem Unternehmer vertheilt; zuerst von französischen Unternehmern versucht, vgl. Michel Chevalier, Lettres sur l'organisation de travail, Paris 1848, p. 275 ff. V. A. Huber, Die latente Assoziation, Nordhausen 1866. A. Emminghaus, Allgemeine Gewerkslehre, Berlin 1866, S. 66 f. V. Böhmert, Beiträge zur Fabrikgesetzgebung. Zürich 1868, S. 112 ff. W. Runge, Ueber die Betheiligung der Arbeiter am Reingewinne industrieller Unternehmungen, Breslau 1868; William Thomas Thornton, Die Arbeit. aus dem Englischen übertragen von Hugo Schramm, Leipzig 1870; S. 391 ff. — hat diese Einrichtung auch in England und Deutschland Verbreitung gefunden.

Eine weitere Entwicklung enthält die in England ausgebildete industrielle Partnerschaft (partnership of labour, partnership of industry, industrial partnership), wobei die Gewinnvertheilung in derselben Weise wie in der Dividendengenossenschaft erfolgt, daneben aber die Arbeiter Miteigenthümer des Geschäftes sind. Das Geschäft wird in eine Anzahl Antheile zerlegt, den grösseren Theil behält der Unternehmer, den kleineren bietet er den Arbeitern unter Gestattung von Abschlagszahlungen zum Erwerbe an. Von dem Ertrage wird — nach Abzug der Löhne und der landesüblichen Zinsen für das im Geschäfte verwandte Kapital — ein Theil unter die Besitzer des Geschäftes nach Verhältniss ihres Kapitales als Dividende, ein Theil unter die Arbeiter nach Verhältniss der verdienten Arbeitslöhne vertheilt, so dass der Arbeiter, welcher einen Geschäftsantheil besitzt, in doppelter Eigenschaft, als Arbeiter und als Theilhaber am Ertrage partizipirt.

nung verkaufen, so setzt dies voraus, dass sie insgesammt den Vorstand bilden, und jene Thätigkeit nur in dieser Eigenschaft entwickeln.

5. Das vierte Merkmal ist, dass ein schriftliches Statut errichtet wird. Das gilt auch für Aktiengesellschaften und Kommanditaktiengesellschaften, deren Statut aber gerichtlich oder notariell errichtet werden muss, was bei den wirthschaftlichen Genossenschaften nicht vorgeschrieben, aber natürlich auch nicht ausgeschlossen ist. Der Grund dieser Abweichung ist offenbar der, dass diesen Gesellschaften Kosten haben erspart werden sollen.

6. Das fünfte Merkmal ist, dass das Statut die Bestimmung enthält, die Mitglieder haften solidarisch für die Schulden der Genossenschaft,

und das sechste Merkmal, dass die Genossenschaft in das vom Gerichte geführte Genossenschaftsregister eingetragen ist.

Das sind die sechs Merkmale, aus deren Zusammensetzung sich der **Begriff** der eingetragenen Genossenschaft bildet.

7. Ueber die rechtliche Natur derselben sind verschiedene Ansichten aufgestellt:[2])

sie sei eine juristische Person,[3])

eine relative juristische Person,[4])

eine anomale Sozietät.[5])

Dieses System ist zuerst 1865 von der Firma Henry Briggs, Sons et Comp., Steinkohlengrubenbesitzern in Yorkshire, versucht, und dann vielfach nachgeahmt. W. T. Thornton, Die Arbeit, übers. von Schramann, Leipzig 1870, S. 399 ff., Louis Philippe v. Orleans, Die Gewerkvereine in England, aus dem Französischen übersetzt von Emil Lehmann, Berlin 1870, S. 145—152 u. S. 170 ff. Einen Versuch zu Mühlhausen im Elsass erwähnt V. Böhmert, Beiträge zur Fabrikgesetzgebung, Zürich 1868, S. 115. — Im Jahre 1868 wurde die Messingfabrik von Wilhelm Borchert jun. in Berlin nach einem von dem Statistiker Engel entworfenen Plane in eine industrielle Partnerschaft verwandelt. Engel, Der Arbeitsvertrag und die Arbeitsgesellschaft, im Arbeiterfreund Jahrgang 1867, S. 129—154; er schlägt für diese Geschäftsform die barbarische Benennung Bonus- und Dividendengenossenschaft, oder die Bezeichung Arbeitsgesellschaft vor. Er erblickt in diesem System die Lösung der sozialen Frage. Er scheint diese nur vom Standpunkte der Fabrikarbeiter aufgefasst zu haben.

[2]) Blos dieser Frage ist die Schrift von Karl Wilckens gewidmet: Der juristische Karakter der Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften. Von der Heidelberger Juristenfakultät gekrönte Preisschrift. Mannheim und Strassburg 1873.

[3]) Diese Ansicht wird ausser von Wilckens in der eben angeführten Preisschrift vertheidigt von O. Gierke, Genossenschaftsrecht, Bd. 1 S. 1104 ff., 1110 u. 1111, namentlich in Not. 209 zu § 70, v. Gerber, System des deutschen Privatrechts § 49 Not. 7. Sicherer, Die Genossenschaftsgesetzgebung. Einleitung § 4. Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts Bd. 1 § 60. Anschütz und v. Völderndorff, Kommentar Bd. 2 S. 59 ff. Gotter in Busch's Archiv Bd. 18 S. 355 ff.

[4]) Felix Dahn, Handelsrechtliche Vorträge 1855 S. 76 ff. Gareis, Handelsrecht S. 135 § 29 S. 162. Kowalzig, Kommentar S. 132 Anm. 84e.

[5]) Thöl, Handelsrecht § 87 Nr. 3, § 121 Nr. 4, besonders § 202 Not. 1, welcher eine Reihe deutschrechtlicher Abweichungen von der römischen societas zugibt, sowohl für die Handelsgesellschaften, als auch für die Handelsgenossenschaften.

Unser Gesetz spricht sich über diese Frage direkt ebensowenig aus, wie das Handelsgesetzbuch über die rechtliche Natur seiner vier Handelsgesellschaften; es begnügt sich, die einzelnen Rechte anzugeben, welche diesen Vereinigungen gegeben werden sollen. Und dies sind in der That alle diejenigen Rechte, welche — wenigstens gemeinrechtlich und in Betreff des Privatrechts — den juristischen Personen, insonderheit den Korporationen, zustehen. Vor Allem ist der § 11 unseres Gesetzes maassgebend;[6]) sodann die gesetzlich vorgeschriebene Organisation, wonach der Vorstand durch seine Handlungen Rechte für die Genossenschaft erwirbt und Verpflichtungen derselben begründet, und wonach die Rechte nur vom Vorstande geltend gemacht, die Verpflichtungen gegen diesen verfolgt werden. Dass letztere nach Erschöpfung des Genossenschaftsvermögens — also subsidiär — auch gegen die Genossenschafter geltend gemacht werden dürfen, steht der Annahme juristischer Persönlichkeit nicht entgegen; ebensowenig wie es ausgeschlossen ist, dass die Mitglieder einer politischen Korporation vertragsmässig sich für die Schulden der Korporation mit verpflichten. Die Genossenschaften haben diese subsidiäre Haftverbindlichkeit durch Statut festgestellt. Wenn diese Ansicht dennoch angefochten wird, so erklärt sich dies theils daraus, dass die ganze Lehre von der juristischen Person Gegenstand der Anfechtung geworden ist. Bolze[7]) erklärt die ganze Lehre für einen Mythus, und schliesst sein Buch — S. 197 — mit dem Satze: „Die juristische Person aber kann man getrost zu den Todten legen“, die Vertreter unserer Genossenschaften, besonders Schulze und Parisius, befürchten, dass dadurch die Besteuerung derselben und die Staatsaufsicht herbeigeführt werden würde. Aber wenn sie von einer Rechtspersönlichkeit oder von einer handelsrechtlichen Persönlichkeit der Genossenschaften sprechen, so ist damit nur ein anderer Name, nicht aber etwas sachlich Anderes gegeben. Dass mit der Anerkennung juristischer Persönlichkeit nur die privatrechtliche Stellung der Genossenschaften im Rechtssysteme, nicht zugleich öffentlich-rechtliche Befugnisse oder Verpflichtungen derselben behauptet werden sollen, ist selbstverständlich. Will man sie deshalb relative juristische Personen nennen, so ist dagegen nichts einzuwenden, nur möchte dieser Zusatz ein überflüssiger sein.

Aber sie sind nicht etwa, wie die Korporationen, blos juristische Personen, sondern es hat auch das Gesellschaftselement bei ihnen eine grosse Bedeutung. Wilckens[8]) sucht freilich darzuthun, dass ein Societätsverhältniss unter den Genossenschaftern gar nicht existire; und führt dafür Folgendes an:

---

[6]) § 11: „Die eingetragene Genossenschaft kann unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigenthum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden.

Ihr ordentlicher Gerichtsstand ist bei dem Gerichte, in dessen Bezirk sie ihren Sitz hat.

Genossenschaften gelten als Kaufleute im Sinne des Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, soweit dieses Gesetz keine abweichenden Vorschriften enthält.“

[7]) Der Begriff der juristischen Person von Dr. Albert Bolze. Stuttgart 1879.

[8]) In der Note 2 angeführten Schrift S. 6 ff.

1) Die societas ist ein obligatorisches Verhältniss zwischen den einzelnen socii. Diese haben gegen einander gewisse Verpflichtungen, welche der freien richterlichen Beurtheilung unterliegen und im Allgemeinen in der Beitragspflicht an Geld oder Diensten, ferner in der Ersatzpflicht für Aufopferung im Interesse der Societät und endlich in der Haftpflicht für diligentia quam suis rebus bestehen. Zur Realisirung seiner Ansprüche gegen die anderen socii hat der einzelne socius die actio pro socio. Forderungen der einzelnen Gesellschafter gegen die Gesellschaft oder Verbindlichkeiten der Gesellschafter gegen die Gesellschaft gibt es indessen nicht. Wenn dennoch im Leben vielfach von solchen gesprochen wird, so ist wohl zu beachten, dass dieselben immer nur Forderungen bezw. Verbindlichkeiten des einzelnen socius gegen die übrigen socii sind. Denn die Gesellschaft steht den einzelnen Gesellschaftern keineswegs selbständig gegenüber, sie ist von den einzelnen Gesellschaftern nicht verschieden und lediglich eine abgekürzte Bezeichnung für die Personen der Gesellschafter. (Vgl. **Windscheid,** Pandekten II § 406 Nr. 2.) Deshalb ist auch ein Vertrag zwischen der Gesellschaft und dem einzelnen Gesellschafter nicht möglich, es ist nur ein Vertrag zwischen einem socius und den anderen socii denkbar.

Ganz anders die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaft. Die Mitglieder eines derartigen Vereins haben als solche während dessen Bestehen zu einander keine rechtlichen Beziehungen. Dadurch zwar, dass sie einer und derselben Vereinigung angehören und in der Generalversammlung gemeinsam Beschlüsse fassen, entsteht unter ihnen, ähnlich wie unter den Theilhabern eines Aktienvereins, eine gewisse Verbindung, und überdies lässt sich nicht verkennen, dass dieselbe weniger los ist, als bei der Aktiengesellschaft. Den Genossenschaftern ist es nicht, wie den Mitgliedern einer Aktiengesellschaft, so absolut gleichgültig, aus welchen Individuen ihr Verein besteht. Es wohnt der Genossenschaft, wie **Auerbach** (Goldschmidt's Zeitschr. f. H.R. VII. S. 350) richtig hervorhebt, ein sittlich-soziales Element inne; wenn die Genossenschaft dasselbe wahren will, so darf sie sich nicht ganz und gar indifferent gegen die persönliche Qualifikation ihrer Mitglieder verhalten und darum räumt ihr auch das Reichsgesetz § 38 Abs. 3 ausdrücklich das Recht ein, einen Genossenschafter aus gewissen, in den Statuten vorgesehenen Gründen, sowie wegen des Verlustes der bürgerlichen Ehrenrechte auszuschliessen. Aber es besteht doch kein rechtliches Band zwischen den einzelnen Genossenschaftern, sie sind einander weder zu einem dare, noch zu einem facere oder praestare verpflichtet, von einer actio pro socio kann darum bei Genossenschaften keine Rede sein.[9]) Keine Aus-

---

[9]) Dies ist gewiss unrichtig. Wenn die Generalversammlung einen Genossenschafter ausschliesst, und dieser bestreitet, dass ein solcher Fall vorliege, wie er nach den Statuten zum Ausschluss eines Mitgliedes berechtigt, so ist er berechtigt, eine Klage dieserhalb gegen die Genossenschaft zu erheben, um seine rechtliche Stellung als Mitglied aufrecht zu erhalten. Entsch. d. R.O.H.G. Bd. 23 S. 380, 383. Gareis S. 176. Die Klage hat keinen andern Karakter als den der actio pro socio. Dieselbe Klage findet statt, wenn ein Genossenschafter, welcher auf Grund seiner Solidarverbindlichkeit gezahlt hat, den Rückgriff gegen andere Genossenschafter geltend macht.

nahme hievon bildet die Klage, mit welcher nach § 56 des Reichsgesetzes der einzelne Genossenschafter den vom Vorstande gefertigten Vertheilungsplan anfechten kann und die gegen die übrigen betheiligten Genossenschafter zu richten ist. Denn diese Klage steht dem Genossenschafter nicht während der Dauer der Genossenschaft, sondern erst dann zu, wenn die Auflösung derselben durch Konkurseröffnung erfolgt ist.

Die Genossenschafter stehen in einem rechtlichen Verhältnisse nur zu dem Vereinsganzen, welchem sie angehören; lediglich ihm gegenüber haben sie Rechte und Pflichten. Die Genossenschaft begründet nicht etwa wie die Gesellschaft ein obligatorisches Verhältniss zwischen ihren einzelnen Mitgliedern, auch ist sie nicht eine blosse Kollektivbezeichnung für die einzelnen Genossenschafter, sie ist vielmehr von den Personen ihrer Mitglieder durchaus verschieden. Daraus folgt namentlich, dass Verträge zwischen der Genossenschaft und den einzelnen Genossenschaftern möglich sind.

Die Societät und die Genossenschaft sind also in ihrem Grundtypus völlig von einander verschieden, jene ist eine obligatio inter socios, bei dieser vereinigt kein juris vinculum die einzelnen Genossenschafter, und darin liegt schon der Nachweis, dass die Subsumtion der Genossenschaft unter den Begriff der Gesellschaft rechtlich undenkbar ist. Die Genossenschaft und die Societät differiren aber noch in anderen sehr erheblichen Punkten:

2) Die societas ist ein obligatorisches Verhältniss, begründet auf die Individualität der mehreren zur Gesellschaft vereinigten Personen. Sie hat deshalb zunächst die Eigenthümlichkeit, dass die Zahl der Mitglieder eine fest geschlossene ist. Wenn diese Zahl eine Veränderung erleidet, sei es, dass sie sich vermehrt oder vermindert, so löst sich die Gesellschaft auf, und wenn nach einer derartigen Veränderung die socii gleichwohl beschliessen, die seitherige Gesellschaft fortzusetzen, so ist dies eben, juristisch betrachtet, nicht mehr die alte, sondern eine neu begründete societas. Eine weitere Konsequenz des oben aufgestellten Satzes ist die, dass wenn ein socius einseitig aus der societas austritt oder mit Tod abgeht, die Societät ebenfalls als beendigt anzusehen ist, selbst dann, wenn sofort ein anderes Individuum an seine Stelle treten und somit die Zahl der socii keine Veränderung erleiden sollte. Denn die Societät ist ein Rechtsverhältniss, bei dem die individuellen Beziehungen der mehreren Personen, welche sich zu gemeinsamer Thätigkeit verbunden haben, von wesentlicher Bedeutung sind; qui societatem contrahit, certam personam sibi eligit.

Ganz andere Grundsätze sind massgebend bei der Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaft. Wenn auch die Individualität der Mitglieder hier nicht so ganz ohne Bedeutung ist, wie beim Aktienvereine, so kommt doch zunächst wenigstens auf dieselbe nichts an. Die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaft ist deshalb im Gegensatz zur societas ein Verein von nicht geschlossener Mitgliederzahl, der Wechsel in der Zahl der Genossenschafter ist auf die Identität der Genossenschaft ohne Einfluss. Insbesondere äussert der Beitritt neuer Mitglieder auf den rechtlichen Bestand der Genossenschaft keine Wirkung. Zum Beitritt aber genügt eine einfache schriftliche Erklärung, worin Derjenige,

welcher beizutreten beabsichtigt, seinen desfallsigen Willen kundgibt. Einer Beschlussfassung der bereits in der Genossenschaft befindlichen Mitglieder über den Beitritt bedarf es nicht. [10]) Dadurch ferner, dass ein Genossenschafter stirbt oder einseitig zurücktritt, werden nur die Beziehungen zwischen ihm und der Genossenschaft beendigt, die Genossenschaft selbst aber wird dadurch in ihrem Bestehen in keiner Art alterirt.

3) Die Sozietät ist nur eine obligatio inter socios und hat auf die rechtlichen Beziehungen der Gesellschafter zu Dritten keinen Einfluss. Dritten gegenüber werden die einzelnen Gesellschafter vielmehr so behandelt, als ob gar keine Gesellschaft vorhanden wäre. Die Gesellschaft kann deshalb, ebensowenig als sie ihren Mitgliedern gegenüber eine selbständige Stellung einnimmt, nach aussen als ein Ganzes, als eine Einheit auftreten. Wenn man sagt, eine Sozietät habe ein Recht erworben, oder eine Verbindlichkeit eingegangen, so hat dies nicht den Sinn, dass dieselbe nun auch wirklich Subjekt des betr. Rechts oder der betr. Verbindlichkeit geworden sei. Die gesellschaftlichen Rechte werden nämlich immer von den einzelnen socii erworben und die gesellschaftlichen Verpflichtungen stets von den einzelnen Gesellschaftern übernommen. Es geht der Gesellschaft die selbständige Vermögensfähigkeit, ein Hauptmerkmal der juristischen Person, gänzlich ab; die Gesellschaftssachen gehören den einzelnen Gesellschaftern, die letzteren sind pro partibus indivisis

[10]) Dies ist eine ganz falsche Ansicht. Sowohl die ursprünglich die Genossenschaft bildenden Mitglieder, als auch die später beitretenden, schliessen einen Vertrag, und dies ist ein Sozietätsvertrag. Die ersteren treten, veranlasst durch diejenigen Menschen, welche sich für die Errichtung eines solchen Vereines bemühen, zu einer Berathung des Gesellschaftsvertrages und zum Abschluss der Gesellschaft zusammen, und wenn nach erfolgter Gründung des Vereins Jemand in denselben eintreten will, so kann dies nur geschehen durch Abschluss des Vertrages mit den übrigen Genossenschaftern. Wenngleich zum Zwecke der Erleichterung dieses Eintritts Jemand, meistens der Vorstand, von den Mitgliedern die Vollmacht erhalten hat, neue Mitglieder aufzunehmen, so ist doch die dem Vorstande etwa eingesandte schriftliche Erklärung eines neuen Mitgliedes, in die Genossenschaft einzutreten, nichts weiter als die Offerte eines Vertragsabschlusses, welche erst durch die Annahmeerklärung Seitens der Genossenschafter oder ihres rechtlichen Stellvertreters zu einem Vertrage wird. Und dieser Vertrag ist nichts anderes als ein Gesellschaftsvertrag. Es ist keine Nöthigung zur Annahme jener Offerte vorhanden. Der Kandidat, welcher einseitig seinen Beitritt schriftlich erklärt hat, kann noch viel weniger, wenn die Aufnahme verweigert wird, diese mit einer Klage durchsetzen. Die Annahme der Beitrittserklärung ist an keine Formvorschrift gebunden, sie kann schriftlich oder mündlich, ausdrücklich oder durch konkludente Thatsachen (stillschweigend) erfolgen. Bei Annahme der Ansicht, dass Jemand durch seine einseitige schriftliche Erklärung schon Genossenschafter werde, müsste die Gesellschaft den einseitig eingetretenen Genossenschafter durch Beschluss der Generalversammlung wieder ausschliessen, wenn sie den einseitig Eingetretenen als Genossenschafter nicht für geeignet hält; dann aber könnte sie von jenem mit der actio pro socio verklagt werden, wenn ein Grund zum Ausschluss nach dem Inhalt der Statuten nicht vorhanden ist. Das würde also heissen: Mit Ausnahme Derjenigen, welche gesetzlich oder statutenmässig ausgeschlossen werden dürfen, habe Jedermann, auch wohl jede Frau, ein Recht, auf die Mitgliedschaft jeder beliebigen Erwerbs- oder Wirthschaftsgenossenschaft.

Miteigenthümer. Aus Gesellschaftsforderungen ferner sind die socii, nicht die societas berechtigt. Ueber den Antheil aber, welcher dem einzelnen socius an den Gesellschaftssachen und Forderungen zusteht, kann der betr. socius frei disponiren und auf diesen Antheil können seine Gläubiger ohne weiteres exequiren. Andererseits haften für die in Angelegenheiten der Gesellschaft entstandenen Verbindlichkeiten die einzelnen Gesellschafter mit ihrem ganzen Vermögen, die Gesellschaftsgläubiger können mit ihren Ansprüchen nicht auf das vorhandene Gesellschaftsvermögen beschränkt werden. Träger der gesellschaftlichen Rechte und Verbindlichkeiten sind also die socii, nicht die societas.

Diesem Mangel selbständiger Vermögensfähigkeit entspricht der Mangel der Gerichtsfähigkeit, dem wir ebenfalls bei der Gesellschaft begegnen. Die Gesellschaft als solche kann nicht bei Gericht klagen, sondern die einzelnen Gesellschafter müssen als Litiskonsorten die Klage anstellen; und es genügt dabei nicht, dass sämmtliche Mitglieder der Societät namhaft gemacht werden, sondern dieselben müssen insgesammt persönlich als Partei auftreten. Umgekehrt, wenn gegen eine Societät geklagt wird, ist es nicht möglich, dieselbe unter ihrem etwaigen Namen zu belangen, die Klage muss gegen die einzelnen socii geltend gemacht werden. Es findet im ersten Falle eine aktive, im zweiten eine passive Streitgenossenschaft unter den einzelnen Gesellschaftern statt. Wird einer Gesellschaft ein Eid deferirt, so haben sämmtliche socii denselben zu schwören.

Ganz anders bei der Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaft. Dieselbe tritt nicht nur nach innen, sondern auch nach aussen als Einheit auf. Die Rechte, welche sie erwirbt, und die Verbindlichkeiten, die sie übernimmt, sind Rechte, bezw. Verbindlichkeiten der Genossenschaft. Ihr gehört das Genossenschaftsvermögen, das zwar durch die Beiträge der einzelnen Genossenschafter gebildet wird, woran dieselben aber kein Miteigenthum haben. Dem Genossenschafter steht nur ein Forderungsrecht auf Auslieferung seines Geschäftsantheils im Falle seines Austritts aus der Genossenschaft zu. Während er sich in der Genossenschaft befindet, ist sein Geschäftsantheil seiner freien Verfügung entzogen und seine Gläubiger können auf denselben nicht ohne weiteres exequiren. Erst dann, wenn fruchtlos in das Privatvermögen des Genossenschafters exequirt worden ist, können die Gläubiger desselben verlangen, dass er aus der Genossenschaft ausscheide, und Befriedigung aus dem dann frei werdenden Geschäftsantheile fordern. Für die Genossenschaftsschulden haftet ferner principaliter die Genossenschaft mit ihrem Vermögen und nur subsidiär, nämlich im Falle der Insuffizienz des Genossenschaftsvermögens, müssen auch die Genossenschafter für die Schulden der Genossenschaft einstehen. Kein Genossenschafter aber kann für eine Genossenschaftsschuld direkt in Anspruch genommen werden, der Genossenschaftsgläubiger hat sich immer zuerst an das Genossenschaftsvermögen zu halten und aus diesem seine Befriedigung zu suchen." Wilckens a. a. O. S. 11.

Aus dieser Darstellung geht das allerdings evident hervor, dass zwischen der Sozietät, wie sie das römische Recht gestaltet hat, und unserer Genossen-

schaft sehr bedeutende Unterschiede bestehen, aber wenn man die Genossenschaftsrechte mit dem römischen Rechte der juristischen Person vergleicht, so zeigen sich nicht minder beträchtliche Gegensätze. Beides erklärt sich daraus, dass das Genossenschaftsgesetz, der geschichtlichen Entwicklung der wirthschaftlichen Genossenschaften folgend, weder ausschliesslich das römische Gesellschaftsrecht, noch ausschliesslich das Recht der juristischen Personen auf die von ihm normirten Genossenschaften angewandt hat. Entwickelt haben sich unsere Vereine aus dem Gesellschaftsvertrage; dieser bildet die Basis des Genossenschaftsrechts, aber wie sich in der Anwendung das Beschwerliche und Ungenügende dieses römischen Rechtsinstitutes gezeigt hatte, und sich allgemein das Bestreben zeigte, die Rechtsfähigkeit und die Prozessfähigkeit des Vereins zu erhalten neben der subsidiär solidarischen Verbindlichkeit der Mitglieder für die Schuldverbindlichkeiten des Vereins, so bewirkte das Gesetz die Reform des Gesellschaftsrechts durch die erstrebten zusätzlichen und abändernden Bestimmungen. Das Wesen des so geschaffenen Institutes besteht demnach in einer Mischung und Verschmelzung des Societätsrechts mit dem Rechte der juristischen Person, es ist weder das eine, noch das andere ganz und ausschliesslich, sondern es ist eine neue Rechtsbildung, deren Bedeutung ebenso verkannt wird, wenn man es prinzipiell dem einen oder dem anderen der beiden genannten römisch-rechtlichen Institute unterordnet. Es kann dabei nur gefragt werden, welches der beiden Rechtsinstitute das vorherrschende ist: Praktisch ist die juristische Persönlichkeit das vorherrschende Element unseres ganz modernen Institutes, aber seine historische sowohl, wie die im Gesetze am meisten hervortretende Natur ist das Gesellschaftsrecht. [11])

8. Die eingetragene Genossenschaft ist zu karakterisiren als eine anomale Gesellschaft, ausgestattet mit den Privatrechten einer juristischen Person.

Man kann nach § 11 unseres Gesetzes hinzufügen, auch ausgestattet mit den Rechten und Pflichten eines Kaufmannes im Sinne des Handelsgesetzbuches.

Dagegen darf die Genossenschaft, selbst wenn sie gewerbmässig Handelsgeschäfte betreibt,[12]) nicht als Handelsgesellschaft im Sinne des Handelsgesetz-

[11]) Das Gesetz bezeichnet sie im § 1 als Gesellschaften, im § 2 Nr. 1 wird das abzufassende Statut als Gesellschaftsvertrag bezeichnet, ebenso im § 4 zu Anfang und im letzten Absatze, sodann im § 6, ferner im § 9 zu Anfang und im Schlusssatze, sodann in den §§ 19, 21, 28, 34 Nr. 2, 38, 39, 47 b und c. — Alle Klagen aus dem Gesellschaftsvertrage gegen die Gesellschafter oder gegen den Vorstand haben den Karakter der actio pro socio, so z. B. die Klagen gegen den Gesellschafter auf die versprochenen, aber nicht gezahlten Einlagen, die Klagen desselben gegen den Vorstand auf Bezahlung der nach dem Beschlusse der Generalversammlung zu vertheilenden Dividenden, die Klage des austretenden, ausgeschlossenen, oder der Erben des verstorbenen Mitgliedes auf Rückgewährung des Geschäftsantheiles, die Regressklagen des Genossenschafters, und die Klage, mit welcher der Vertheilungsplan angefochten wird. — Verwirft man das Sozietätsprinzip, so fehlt allen diesen Klagen die Rechtsbasis. Dasselbe gilt von der Klage des ausgeschlossenen Genossenschafters, mit welcher er den Ausschliessungsbeschluss anzufechten und sein Sozietätsrecht zu wahren unternimmt.

[12]) Thöl nennt sie eingetragene Handelsgenossenschaft (Handelsrecht § 202), Schulze, kommerzielle Genossenschaften.

buches anerkannt werden. Wenn man vom Handelsgesetzbuche absieht und den Begriff der Handelsgesellschaft nach allgemeinen Rechtsprinzipien festzustellen sucht, und dann darunter Gesellschaften versteht, welche gewerbmässig Handelsgeschäfte betreiben, dann muss man allerdings auch die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften, welche gewerbmässig Handelsgeschäfte betreiben, zu den Handelsgesellschaften rechnen, und dieses rechtfertigt ihre Stellung in diesem Handbuche. Aber mit diesem wissenschaftlichen Begriffe harmonirt das Handelsgesetzbuch nicht, es stellt im zweiten Buche vier Gesellschaften auf und bezeichnet diese, und nur diese, als Handelsgesellschaften; die stille Gesellschaft soll es nicht sein, die Gesellschaft der minderen Kaufleute auch nicht, ebenfalls nicht die Rhederei, wogegen nach dem Gesetze vom 11. Juni 1870 (neue Art. 174 und 207) die Gesellschaft, welche sich als Kommanditgesellschaft auf Aktien oder als Aktiengesellschaft konstituirt hat, bloss dieser Form wegen als Handelsgesellschaft gilt, wenngleich der Gegenstand des Unternehmens nicht in Handelsgeschäften besteht. Unsere Genossenschaft soll als Kaufmann gelten im Sinne des Handelsgesetzbuches, aber für eine Handelsgesellschaft ist sie nicht erklärt. Wenn darum in späteren Reichsgesetzen Bestimmungen über Handelsgesellschaften vorkommen, so sind diese auf die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften nicht anzuwenden.[13])

---

[13]) Hierher gehört

a. das Bundesgesetz vom 12. Juni 1869, betreffend die Errichtung eines obersten Gerichtshofes für Handelssachen. § 13: „Handelssachen im Sinne dieses Gesetzes sind diejenigen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, in welchen durch die Klage ein Anspruch ... 3. aus einem der nachstehend bezeichneten Rechtsverhältnisse geltend gemacht wird, a. aus dem Rechtsverhältnisse zwischen den Mitgliedern einer Handelsgesellschaft ... ingleichen aus dem Rechtsverhältnisse zwischen den Liquidatoren oder Vorstehern einer Handelsgesellschaft, und der Gesellschaft oder den Mitgliedern derselben,"

b. das Gerichtsverfassungsgesetz vom 27. Januar 1877 § 101: „Vor die Kammern für Handelssachen gehören nach Maassgabe der folgenden Vorschriften diejenigen den Landgerichten in erster Instanz zugewiesenen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, in welchen durch die Klage ein Anspruch ... 3. aus einem der nachstehend bezeichneten Rechtsverhältnisse geltend gemacht wird, a. aus dem Rechtsverhältnisse zwischen den Mitgliedern einer Handelsgesellschaft, ... sowie aus dem Rechtsverhältnisse zwischen den Liquidatoren oder den Vorstehern einer Handelsgesellschaft und der Gesellschaft oder den Mitgliedern der Gesellschaft."

Ist nun die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaft zwar Kaufmann, möge der Gegenstand des Unternehmens in Handelsgeschäften bestehen oder nicht, aber nicht Handelsgesellschaft, so ist die angeführte Bestimmung auf sie nicht anzuwenden. Demnach gehören bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, welche aus dem Rechtsverhältnisse zwischen den Liquidatoren oder den Vorstehern einer Genossenschaft und der Genossenschaft oder den Mitgliedern derselben entstehen, nicht vor die Kammern für Handelssachen, sowie nach dem bis zum 1. Oktober 1879 bestandenen Rechte nicht vor das Reichsoberhandelsgericht. Zwar werden in beiden Gesetzen unter 3 a noch genannt: Die Rechtsstreitigkeiten zwischen dem stillen Gesellschafter und dem Inhaber eines Handelsgewerbes, zwischen den Theilnehmern einer Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften oder einer Vereinigung zum Handelsbetriebe (Art. 10 des H.G.B.), aber die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften werden nicht speziell erwähnt. Klagen gegen Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaft aus Geschäften, welche auf Seiten

Das Resultat der Untersuchung über Begriff und rechtliche Natur unserer Genossenschaften ist also folgendes:

Eingetragene Genossenschaften sind die in die öffentlichen Register eingetragenen Gesellschaften von nicht geschlossener Mitgliederzahl, welche die wirthschaftliche Förderung ihrer Mitglieder durch gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb bezwecken, und in ihren Statuten die solidarische Haftung ihrer Mitglieder für die Schulden der Gesellschaft bestimmt haben.

Sie sind anomale Gesellschaften, ausgestattet mit den Rechten und Pflichten eines Kaufmannes im Sinne des Handelsgesetzbuchs, und ausgestattet mit den Privatrechten einer juristischen Person;

sie sind, wenn sie gewerbmässig Handelsgeschäfte betreiben, Handelsgesellschaften im wissenschaftlichen Sinne, aber nicht im Sinne der Reichsgesetze.

9. Genossenschaftsrecht ist der Inbegriff der die eingetragenen Genossenschaften betreffenden Rechtssätze.[14])

---

beider Kontrahenten Handelsgeschäfte sind, gehören allerdings nach dem Gerichtsverfassungsgesetze 101 Nr. 1 vor die Kammern für Handelssachen, denn unter dieser Nummer werden die Rechtsstreitigkeiten aufgeführt gegen einen Kaufmann, und Kaufmann ist allerdings jede eingetragene Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaft.

[14]) Endemann, S. 867: „Genossenschaftsrecht ist die Summe derjenigen Rechtsregeln, welche sich nach dem erwähnten Bundesgesetz auf die Genossenschaften beziehen.“ Die Bezugnahme auf das Bundesgesetz vom 4. Juli 1868 ist bedenklich, da auch künftige Gesetze die aufgestellten Rechtsnormen ergänzen und abändern können, wodurch sich dann zwar der Inhalt, aber nicht der Begriff des Genossenschaftsrechts verändern würde.

V. Die Errichtung.

§ 148.

1. Zur Errichtung der Genossenschaft gehören vier Rechtsakte:
   a. Abschluss des Gesellschaftsvertrags — Statuts;
   b. Wahl des Vorstandes;
   c. Anmeldung durch den Vorstand;
   d. Eintragung in das Register.

2. Der Gesellschaftsvertrag muss schriftlich errichtet werden.[1]) Es genügt eine Privat-Urkunde, welche von den zusammentretenden Mitgliedern zu unterschreiben ist. Es kann auch das Statut einer Urkunde, welche die Unterschrift der Gesellschafter trägt angeschlossen sein.[2]) Gerichtliche oder notarielle Urkunde ist unnöthig. Wird aber eine solche errichtet und sind dann in derselben die Namen der Mitglieder aufgeführt, so bedarf es der Unterschrift derselben nicht, wenn nicht das Landesgesetz für Urkunden der genannten Art, dieselbe vorgeschrieben hat.

3. Der Vertrag muss einen gesetzlich bestimmten Inhalt haben. Das Gesetz hat diesen Inhalt unter 12 Nummern angegeben.[3]) Davon sind nur zwei

---

[1]) Gen.Gesetz § 2.

[2]) O.H.G. XXIII 228, 231.

[3]) Gen.Gesetz § 3: „Der Gesellschaftsvertrag muss enthalten:
1. Die Firma und den Sitz der Genossenschaft;
2. den Gegenstand des Unternehmens;
3. die Zeitdauer der Genossenschaft, im Falle dieselbe auf eine bestimmte Zeit beschränkt sein soll;
4. die Bedingungen des Ein- und Austritts der Genossenschafter;
5. den Betrag der Geschäftsantheile der einzelnen Genossenschafter und die Art der Bildung dieser Antheile;
6. die Grundsätze, nach welchen die Bilanz aufzunehmen und der Gewinn zu berechnen ist, und die Art und Weise, wie die Prüfung der Bilanz erfolgt;
7. die Art der Wahl und Zusammensetzung des Vorstandes und die Formen für die Legitimation der Mitglieder des Vorstandes und der Stellvertreter derselben;
8. die Form, in welcher die Zusammenberufung der Genossenschafter geschieht;
9. die Bedingungen des Stimmrechts der Genossenschafter und die Form, in welcher dasselbe ausgeübt wird;

Bestimmungen (unter Nr. 3 und 10) bedingte, nämlich die Zeitdauer der Genossenschaft, indem diese nur anzugeben ist, wenn die Verbindung auf eine bestimmte Zeit beschränkt sein soll (Gesetz § 3 Nr. 3), sodann müssen die Gegenstände aufgezählt werden, über welche nicht durch einfache Stimmenmehrheit in der Generalversammlung Beschluss gefasst werden kann (Gesetz § 3 Nr. 10); die übrigen zehn Nummern enthalten unbedingte Vorschriften über den Inhalt des Statuts.[4])

4. Der Vorstand muss sodann gewählt werden, und zwar, wie sich von selbst versteht, nach den darüber im Statut festgestellten Normen. Er muss aus der Zahl der Genossenschafter gewählt werden; er kann aus einem oder aus mehreren Mitgliedern bestehen.

5. Der gewählte Vorstand muss nun die Anmeldung vornehmen, und zwar bei dem Handelsgerichte, jetzt Amtsgerichte, in dessen Bezirk die Genossenschaft

---

10. die Gegenstände, über welche nicht schon durch einfache Stimmenmehrheit der auf Zusammenberufung erschienenen Genossenschafter, sondern nur durch eine grössere Stimmenmehrheit oder nach anderen Erfordernissen Beschluss gefasst werden kann;
11. die Form, in welcher die von der Genossenschaft ausgehenden Bekanntmachungen erfolgen, sowie die öffentlichen Blätter, in welche dieselben aufzunehmen sind;
12. die Bestimmung, dass alle Genossenschafter für die Verbindlichkeiten der Genossenschaft solidarisch und mit ihrem ganzen Vermögen haften.

[4]) Zweifelhaft ist dies hinsichtlich der Vorschrift in Nr. 5. Das Gesetz spricht freilich von den Geschäftsantheilen, als ob diese, wie bei der Aktiengesellschaft wesentliche Voraussetzungen der Genossenschaften seien, es schreibt nur nicht, wie für Aktien, einen Minimalbetrag des Geschäftsantheiles vor, und scheint es damit den Genossenschaften auch zu überlassen, ob sie Geschäftsantheile festsetzen wollen. Jedenfalls würde dem Gesetze genügt sein, wenn der Geschäftsantheil jedes Genossenschafters auf einen Pfennig bestimmt würde. Parisius, Genossenschaftsgesetze S. 190, betrachtet die Geschäftsantheile als gesetzlich vorgeschriebene, und polemisirt gegen die Raiffeisen'schen Darlehnskassenvereine, welche prinzipiell die Geschäftsantheile abschafften. Er fügt hinzu: „Raiffeisen selbst fügt dem Abdruck des Genossenschaftsgesetzes in der zweiten Auflage seiner Schrift (S. 387 beim § 3 Ziffer 4) die Bemerkung bei: „Es ist damit selbstredend nicht vorgeschrieben, dass überhaupt Geschäftsantheile gebildet werden müssen, dass diese nicht gleich Null sein können.“ Ob das preussische Kreisgericht zu Neuwied — so fährt Parisius fort — ebenso deduzirt, ist mir nicht bekannt; die Thatsache aber steht fest, dass es eine grosse Anzahl Genossenschaften ohne Geschäftsantheile in das Genossenschaftsregister eingetragen hat, und dass viele rheinische Gerichte, die mit Führung des Handelsregisters betraut sind, ebenso verfuhren. — Dass den Gläubigern die Geschäftsantheile keine grosse Sicherheit gewähren, folgt einmal daraus, dass sie jedenfalls auf sehr geringe Summen festgestellt werden dürfen, sodann aus dem Rechte jedes ausgetretenen oder ausgeschlossenen Genossenschafters, seinen Geschäftsantheil zurückzufordern. Die Raiffeisen'schen Darlehnskassenvereine gewähren den Gläubigern eine grössere Sicherheit dadurch, dass sie die Gewinne nicht vertheilen, sondern als Reserve ansammeln. Dadurch erlangt die Genossenschaft ein eigenes, nicht durch Austritt seiner Mitglieder gefährdetes Vermögen, welches den Gläubigern Sicherheit bietet und den Genossenschaftern die Gefahr der Solidarhaft möglichst fern hält. Der Vortheil, den sie den Genossenschaftern bietet, besteht darin, dass sie Darlehne gegen mässige Zinsen stets empfangen können, und dies genügt ihnen.

ihren Sitz hat.[5]) Wo sie ihren Sitz hat, muss im Statut bestimmt sein (Gen.-Gesetz § 3 Nr. 1).[5a]) Der Vorstand muss das Statut nebst dem Mitgliederverzeichnisse dem Amtsgerichte übergeben. Es kann sein, dass nach Abschluss des Gesellschaftsvertrags noch andere Personen sich zur Aufnahme melden und aufgenommen werden. Das einzureichende Mitgliederverzeichniss muss sowohl die von Anfang an kontrahirenden, als auch die später — bis zur Anmeldung — hinzugetretenen Mitglieder enthalten. Der Vorstand muss seine Wahl nachweisen, und zwar durch eine Schrift nachweisen. Diese ist eine über die Vornahme der Wahl aufgenommene Urkunde. Die Ueberreichung dieser Urkunden erfolgt durch den Vorstand in Person. Geschieht dies durch einen Bevollmächtigten oder durch eine Schrift, so muss der Antrag in beglaubigter Form überreicht werden. Zugleich haben die Mitglieder des Vorstandes ihre Unterschrift vor dem Amtsgerichte zu zeichnen oder die Zeichnung ebenfalls, in beglaubigter Form einzureichen.[6])

6. Die Genossenschaft ist vom Amtsgerichte in das Genossenschaftregister einzutragen. Es versteht sich von selbst, dass das Gericht zuvor zu prüfen hat, ob den gesetzlichen Requisiten für die Errichtung der Genossenschaft genügt ist. Sollte dies nicht geschehen sein, so ist der Antrag mit Angabe der Gründe zurückzuweisen. Gegen diesen Beschluss ist Beschwerde bei dem vorgesetzten Gerichte zulässig. Erfolgt die Eintragung, so gilt sofort mit Vornahme derselben

---

[5]) Ges. § 4 Abs. 1. Das Reichs-Oberhandelsgericht sagt: (Entscheidungen XXIII S. 203, 204): „Die Vorschrift, dass von dem Vorstande die Einreichung des Gesellschaftsvertrages zum Zwecke der Eintragung geschehen solle, ist keine lex absoluta; das Gesetz verknüpft mit ihr nicht die Wirkung, dass eine ohne ihre Befolgung stattgefundene Eintragung rechtsungültig sein solle. Es bezweckt die Vorschrift nur, indem sie die Kundgebung des Eintragungswillens von dem Vorstande, als dem hierzu bestimmten Organe der Genossenschaft erfordert, zu bewirken, dass die Eintragung keinerseits angefochten werden könne. Wäre der § 4 Satz 1 dahin aufzufassen, dass der Legitimationsmangel eines der Vorstandsmitglieder, welche den Gesellschaftsvertrag zur Einregistrirung übergeben haben, genüge, um diese als nicht erfolgt anzusehen, so würden, wenn solcher Mangel nach einer Reihe von Jahren in Betreff einer Genossenschaft von grossartigem Geschäftsbetriebe geltend gemacht und nachgewiesen wird, unentwirrbare Verwicklungen und wirthschaftliche Nachtheile entstehen können, welche das Gesetz unzweifelhaft nicht hat zulassen wollen. Demgemäss muss angenommen werden, dass, wenn eine Genossenschaft den Eintragungswillen zwar nicht in der vorgeschriebenen Form kundgegeben, die Eintragung aber gewollt, beziehentlich genehmigt hat, insbesondere wenn von ihr dieser Wille dadurch, dass sie sich als eingetragene Genossenschaft gerirt hat, bethätigt worden ist, keines ihrer Mitglieder einen Einwand daraus herleiten kann, dass bei Einreichung des Gesellschaftsvertrags zur Eintragung ein Fehler begangen worden." — In dem entschiedenen Rechtsstreite hatte sich die verklagte Genossenschaft darauf berufen, ihre Eintragung sei nur durch ein Mitglied des Vorstandes bewirkt; die mehreren Mitglieder hätten gemeinschaftlich handeln müssen. — Nach dem Gesetz § 66 hätte das Handelsgericht die Vorstandsmitglieder durch Strafandrohung zur Erfüllung ihrer Eintragspflicht anhalten können.

[5a]) Ist dies nicht geschehen, so gilt nach der Reichs-Civilprozessordnung § 19 als Sitz der Ort, wo die Verwaltung geführt wird.

[6]) Ges. § 18.

die Gesellschaft als eingetragene Genossenschaft. Vor erfolgter Eintragung hat sie die Rechte einer solchen Genossenschaft nicht.[7])

7. Die bis zu erfolgter Eintragung vorgenommenen Rechtshandlungen haben eine verschiedene Wirkung:

a. je nachdem die Gesellschafter den Vertrag geschlossen und den Vorstand gewählt haben in der Absicht, jedenfalls Gesellschafter zu sein, möge nun die nachzusuchende Eintragung gewährt werden oder nicht. — Hier entstehen sofort mit dem Abschlusse des Vertrags die Gesellschaftsrechte und Verpflichtungen,

b. oder je nachdem die Gesellschafter die Absicht zu erkennen gegeben haben, nur eine eingetragene Genossenschaft zu bilden. Hier sind die eingegangenen Verbindlichkeiten als bedingte zu betrachten, bedingt durch die erwartete Eintragung. Wird diese verweigert, auch diese Weigerung nicht im Beschwerdewege aufgehoben, so hat niemals eine Verbindlichkeit, auch kein Recht aus dem geschlossenen Vertrage bestanden.[8])

---

[7]) Ges. § 5: „Vor erfolgter Eintragung in das Genossenschaftsregister hat die Genossenschaft die Rechte einer eingetragenen Genossenschaft nicht.“ — Dagegen müssen diese Rechte mit erfolgter Eintragung beginnen, und diese Rechte können nicht deshalb angefochten werden, weil das Gericht aus dem einen oder anderen gesetzlichen Grunde die Eintragung hätte verweigern können oder sollen. Insofern ist allerdings die gerichtliche Eintragung ein Formalakt, wodurch die Rechtsfähigkeit und die Prozessfähigkeit der Genossenschaft begründet wird. A. M. Endemann § 180 Not. 19: „Das Gesetz hat sich nicht auf den formalen Standpunkt gestellt, dass der Eintrag absolut die Qualität einer legalen Genossenschaft begründe oder bewiese.“ Die Frage ist in Betreff der in obiger Note 4 erwähnten Genossenschaften — Raiffeisen'sche Darlehnskassenvereine — von Wichtigkeit. Schulze und Parisius halten sie für illegale Genossenschaften, weil sie prinzipiell die Geschäftsantheile ausschliessen, auch die Gewinne nicht unter die Genossenschafter vertheilen, diese vielmehr ansammeln, so dass die Geschäftsvortheile nicht den Genossenschaftern oder doch nicht diesen allein, sondern auch den künftigen Generationen zu Gute kommen. Wenn nun diese Vereine, welche ihren Mitgliedern vorzugsweise Darlehen gegen Hypothek geben, diese in die Hypothekenbücher eintragen lassen wollen, so könnte die Hypothekenbuchbehörde die Eintragung verweigern, und es könnte ferner, wenn der Verein gegen seine Schuldner klagt, das Gericht den Kläger wegen mangelnder Prozessfähigkeit abweisen. — Nach den Worten des Gesetzes §§ 1—5 würde dies allerdings anzuerkennen sein, denn die im § 1 genannten Gesellschaften erwerben die im Gesetze genannten Rechte unter den im Gesetze aufgestellten Bedingungen; diese sind in den §§ 2—4 enthalten, und da müsste man denn allerdings mit Endemann a. a. O. annehmen, dass, wenn es an der einen oder andern dieser Bedingungen fehle, die im Gesetze bezeichneten Rechte — also namentlich die Rechtsfähigkeit und Prozessfähigkeit — nicht erworben werden. Dem Geiste des Gesetzes scheint es aber mehr zu entsprechen, wenn man annimmt, dem Handelsgerichte sei die Prüfung überlassen, ob die gesetzlichen Bedingungen vorhanden seien; habe dieses sich für das Vorhandensein derselben ausgesprochen und die Eintragung vorgenommen, so sei damit der status dieser Gesellschaft anerkannt, und dies schaffe ein jus inter omnes, so dass jedes andere Gericht ohne weitere Prüfung des Vorhandenseins der gesetzlichen Requisite diese als durch das eintragende Gericht festgestellt anerkennen müsse. Es ist zu wünschen, dass diese Frage gesetzlich, und zwar in dem hier vertheidigten Sinne, entschieden werde.

[8]) Der § 5 unseres Gesetzes stimmt wörtlich mit dem § 5 des preussischen Gesetzes überein. In den Motiven zu dem Regierungsentwurf vom 2. Februar 1866 ist gesagt, einer Bestimmung über die Rechtsverhältnisse der Genossenschaft vor ihrer Eintragung,

8. Sind Namens der künftigen Genossenschaft vor ihrer Eintragung Rechtsgeschäfte abgeschlossen, so ist in Betreff der Wirkungen derselben zwischen Rechten und Verbindlichkeiten zu unterscheiden. Die Namens der künftigen Genossenschaft erworbenen Rechte sind von der Genossenschaft sogleich mit ihrer Eintragung als erworben zu betrachten;[9]) wogegen die Verbindlichkeiten erst dann die Genossenschaften verpflichten, wenn sie durch ihre Organe dieselben übernommen haben. Bis dahin haften die Handelnden persönlich, wenn sie nicht durch die von ihnen gestellte Bedingung der Uebernahme durch die Genossenschaft ihre persönliche Haftbarkeit abgelehnt haben. Ist dies nicht geschehen, so sind sie zwar persönlich verpflichtet, solidarisch jedoch nur dann, wenn ein besonderer Rechtsgrund für die Solidarität vorliegt, da die für die Aktiengesellschaften in diesem Falle festgestellte solidarische Haftung[10]) auf die hier vorliegende Frage keine Anwendung leidet.

9. Das Gesetz hat nicht bloss neu entstehende Genossenschaften normiren, sondern auch für die vielen zur Zeit der Erlassung des Gesetzes schon bestehenden Genossenschaften sorgen wollen, welche dadurch, dass sie sich dem Gesetze gemäss organisiren und ihre Eintragung bewirken, die Rechte, natürlich auch die Verpflichtungen eingetragener Genossenschaften erwerben können. Auf diese Gesellschaften bezieht sich der § 71 unseres Gesetzes, welcher zwei Bestimmungen enthält:

a. In dem Vermögensstande einer schon bestehenden Genossenschaft wird durch deren Eintragung in das Genossenschaftsregister nichts geändert.

b. Auf nicht eingetragene Genossenschaften kommen die Bestimmungen dieses Gesetzes nicht zur Anwendung.

Die Civilprozesskommission hatte sich gegen die erstgenannte Bestimmung ausgesprochen, und dazu bemerkt: „diese Vorschrift soll, wie es scheint, der rückwirkenden Kraft des Gesetzes entgegentreten. Allein bei einem Gesetze, wie das vorliegende, ist eine derartige Bestimmung, wenn sie etwas Mehreres sein soll, als was sich ganz von selbst versteht, bedenklich. Die Genossenschafter können die Einwirkung des Gesetzes dadurch verhindern, dass sie die Genossenschaft nicht eintragen lassen. Dass aber die Eintragung, wenn sie erfolgt, an den vermögensrechtlichen Verhältnissen der Genossenschaft Nichts ändere, kann so unbedingt nicht gesagt, es muss die gehörige Unterscheidung zwischen den verschiedenen möglichen Fällen und die Lösung der dabei ent-

---

wie solche in dem Art. 211 des H.G.B. für die Aktiengesellschaft getroffen ist, bedürfe es nicht, weil die Genossenschaften als Gesellschaften auch ohne staatliche Genehmigung (diese forderte noch der Entwurf) existiren können, und ihre Rechte in diesem Falle sich nach den allgemeinen Gesetzen über den Sozietätsvertrag richten. — Dies ist in dem im Text unter a. genannten Falle wohl zutreffend, aber nicht in dem Falle b., wo die Kontrahenten blos für den Fall sich haben verbinden wollen, dass ihre Gesellschaft die Rechte einer eingetragenen Genossenschaft erwerben würde.

[9]) Von Zeit ihrer Gründung bis zur Eintragung ist die Genossenschaft dem nasciturus vergleichbar, für welchen wirksam Rechte erworben werden können.

[10]) H.G.B. 211.

stehenden Fragen der Rechtsprechung überlassen werden. Ausserdem könnte die Fassung zu dem Irrthume verleiten, als erkenne das Gesetz die bestehenden Genossenschaften, auch abgesehen von deren Eintragung, als selbständige Rechtssubjekte an."

Der erste Absatz ist vom Bundesrathe dennoch angenommen und vom Reichstage gleichfalls unbeanstandet geblieben. Die Civilprozesskommission versteht die Worte: „in dem Vermögensstande", mit Recht von sämmtlichen vermögensrechtlichen Verhältnissen der Genossenschaft, also von ihrem Aktivvermögen und von ihren vermögensrechtlichen Verpflichtungen. An und für sich bewirkt daran die Eintragung keine Veränderung. Aber die Genossenschaft kann, soweit ihre Dispositionsbefugnisse reichen, Aenderungen bewirken. Es muss dabei zwischen ihren Rechten und ihren Verpflichtungen unterschieden werden. Dass die ersteren auf die eingetragene Genossenschaft übertragen werden, ist zulässig, und ist sicher von der bestehenden Genossenschaft beabsichtigt. Denn wollte sie dies nicht, so müsste sie sich nicht eintragen lassen, sondern auflösen, und es könnten dann die Mitglieder der aufgelösten Gesellschaft oder ein Theil derselben die neue Gesellschaft errichten. Anders steht es mit den Verpflichtungen, deren Uebertragung von einer Person auf eine andere, ohne Zustimmung der Berechtigten keine Befreiung bewirkt. Wenn nun die schon bestehende Genossenschaft eine strengere solidarische Haftung ihren Gläubigern gegenüber übernommen hatte, so brauchen sich diese mit der bloss subsidiären, wie sie das Gesetz festgestellt hat, nicht zu begnügen, sie können ihre Rechte gegen die Mitglieder der neuen Genossenschaft, welche der alten schon angehört haben, auch gegen die in die neue Genossenschaft nicht eingetretenen Mitglieder der alten ganz in derselben Weise, wie ihnen dieses nach den bisherigen Rechten zustand, geltend machen.

Wie bei Veräusserung eines Geschäftes häufig verabredet wird, dass dasselbe mit den Aktiv- und Passivforderungen auf den Erwerber übergehe und diese Verabredung unter den Kontrahenten eine rechtsgültige ist, obwohl der Veräusserer seinen Kreditoren gegenüber verpflichtet bleibt, bis diese befriedigt sind, oder den neuen Geschäftsinhaber als ihren alleinigen Schuldner angenommen haben, so kann in der That die Verwandlung der Genossenschaft in eine eingetragene mit dem beabsichtigten Uebergange des ganzen Aktiv- und Passivbestandes verbunden sein, wobei dann dieselbe Beschränkung bleibt, dass die Mitglieder der alten Gesellschaft nicht schon durch die erfolgte Eintragung befreit werden, sondern erst durch Befriedigung oder Novation. Man darf wohl annehmen, dass, wenn die bestehende Genossenschaft beschliesst, sich eintragen zu lassen, und zu diesem Behuf, soweit nöthig, ihre Statuten ergänzt, die Verwandlung in der Absicht geschehen sei, dass das ganze Vermögen, aktives wie passives, auf die eingetragene Genossenschaft übergehen solle.[11]) Wird nun auf

---

[11]) So wurde mit Recht vom 4. Senat des preussischen Obertribunals in einem Urtheil vom 17. Novbr. 1870 die vom Verklagten, der einem Vorschussvereine Geld schuldete, welcher sich in eine eingetragene Genossenschaft verwandelt hatte, dieser entgegengesetzten Einrede der fehlenden Aktivlegitimation verworfen. Striethorst, Archiv

Grund früher bestandener Rechte ein Mitglied der alten Genossenschaft genöthigt, eine Genossenschaftsschuld zu bezahlen, so hat dasselbe Ersatz von der eingetragenen Genossenschaft zu fordern.[12])

10. Der eingetragene Gesellschaftsvertrag muss im Auszuge veröffentlicht werden. Nach § 4 des Gesetzes muss der Auszug enthalten:

1. Das Datum des Gesellschaftsvertrages.
2. Die Firma und den Sitz der Genossenschaft.
3. Den Gegenstand des Unternehmens.
4. Die Zeitdauer der Genossenschaft, im Falle dieselbe auf eine bestimmte Zeit beschränkt werden soll.
5. Die Namen und den Wohnort der derzeitigen Vorstandsmitglieder.
6. Die Form, in welcher die von der Genossenschaft ausgehenden Bekanntmachungen erfolgen, sowie die öffentlichen Blätter, in welchen dieselben aufzunehmen sind.

Daneben ist bekannt zu machen, dass das Verzeichniss der Genossenschafter jederzeit bei dem Handelsgerichte eingesehen werden könne. Ist in dem Gesellschaftsvertrage eine Form bestimmt, in welcher der Vorstand seine Willenserklärungen kund gibt und für die Genossenschaft zeichnet, so ist auch diese Bestimmung zu veröffentlichen.

11. Das Genossenschaftsregister ist öffentlich. Es gelten hierbei dieselben Bestimmungen wie für die Handelsregister.[13])

---

für Rechtsfälle Bd. 80 S. 54. Es ist daher auch nicht nöthig, dass die auf den Namen der früheren Genossenschaft lautenden Wechsel auf die eingetragene indossirt, oder dass die ausgestellten Schuldscheine durch förmliche Cession ihr übertragen werden, da in jener Verwandlung eine Cession liegt, und diese zur Legitimation genügt. Anders freilich, wenn der Wechsel oder Schuldschein auf den Namen eines Beamten der früheren Genossenschaft lautet, den man der mangelnden Prozessfähigkeit wegen als Berechtigten aufgeführt hatte. Hier ist es, um weitläufige Nachweisungen zu vermeiden, jedenfalls zu empfehlen, Wechsel und Schuldscheine auf die eingetragene Genossenschaft übertragen zu lassen. Dasselbe gilt von Grundstücken, die auf den Namen eines Beamten oder auch einer andern Person im Grundbuche aufgeführt sind, sowie von andern in die Grund- oder Hypothekenbücher eingetragenen Rechten, deren Umschreibung jetzt — nach erfolgter Eintragung der Genossenschaft — zulässig und zur Vermeidung später entstehender Schwierigkeiten zu empfehlen ist. — Noch weiter geht das O.H.G. XXII 104: „Schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen musste man in einer derartigen Umwandlung eine Fortsetzung der ursprünglichen Genossenschaft erblicken. Ganz unbedenklich ist aber diese Annahme nach den angeführten Gesetzen; denn durch die Eintragung in das Genossenschaftsregister werden die bestehenden Genossenschaften nur mit erweiterten Rechten ausgestattet; sie sind mit der Rechtspersönlichkeit der eingetragenen Genossenschaft im Wesentlichen identisch."

[12]) Ganz so wird im römischen Rechte der Erbschaftskauf behandelt, l. 2 C. 4, 39, l. 2 C. 6, 37; l. 2 C. 2, 3. Die Erbschaftsforderungen kann der Käufer mit utiles actiones geltend machen, wogegen die Erbschaftsgläubiger und Vermächtnissnehmer — wenn sie nicht den Käufer als ihren Schuldner anerkannt haben — gegen den Verkäufer klagen können, der dann mit der actio venditi, oder mit der actio ex stipulatu Ersatz vom Käufer fordert.

[13]) Gen.Ges. § 8.

VI. Die Betheiligung an der Genossenschaft.

§ 149.

1. Welche Personen Mitglieder einer Genossenschaft sein können, darüber enthält das Gesetz keine allgemeine Bestimmung. Aus dem letzten Absatz des § 12 unseres Gesetzes ergibt sich nur, dass auf das Geschlecht der Genossenschafter nichts ankommt.[1]) Minderjährige und andere bevormundete Personen können, wenn überhaupt, nur mit Zustimmung ihrer Vormünder, als Genossenschafter sich betheiligen.[2])

2. Juristische Personen können Mitglieder sein, wenn das Statut nicht das Gegentheil bestimmt.[3])

3. Es können auch Genossenschaften Mitglieder einer andern Genossenschaft

---

[1]) § 12 Abs. 4: „Die einer Genossenschaft beigetretenen Frauenspersonen können in Betreff der dadurch eingegangenen Verpflichtungen auf die in den einzelnen Staaten geltenden Rechtswohlthaten der Frauen sich nicht berufen." Hier ist das Sctum Vellejanum gemeint, welches nicht bloss Bürgschaften, sondern überhaupt jede Verpflichtung für Verbindlichkeiten Anderer, demnach auch die Uebernahme solidarischer Verbindlichkeiten betrifft. l. 17. in f. l. 18. D. ad Sctum Vellejanum 16, 1. In den meisten deutschen Staaten sind die hier berührten Rechtswohlthaten der Frauen aufgehoben; in Preussen durch Gesetz vom 1. Dezember 1869, in Sachsen-Meiningen durch Gesetz vom 14. Dezember 1869, in Sachsen-Gotha durch Gesetz vom 6. August 1869, in Oldenburg durch Gesetz vom 15. März 1870, in Braunschweig durch Gesetz vom 5. April 1870, in Lübeck, Bremen und Hamburg durch Gesetze vom 21. März, 6. Mai und 3. Juni 1870, in Bayern durch Gesetz vom 14. Januar 1871, in Sachsen-Weimar 20. Dezember 1871, in Waldeck 10. Januar 1872, Schaumburg-Lippe 20. März 1872.

[2]) Aber auch die Vormünder möchten kaum für befugt erachtet werden dürfen, ihre Zustimmung zu ertheilen, da es sich hier um Uebernahme einer solidarischen Verbindlichkeit handelt, deren materieller Umfang ein unbegrenzter ist, während die zu erwartenden Vortheile quantitativ geringfügige sind. Nach gemeinem Rechte dürfte den Minderjährigen gegen die Gläubiger eine Restitution nicht zu verweigern sein. Deshalb ist es zu empfehlen, dass die Genossenschaften in ihren Statuten festsetzen, dass minderjährige und alle anderen unter Vormundschaft stehenden Personen nicht als Mitglieder aufgenommen werden können, und dass diejenigen Mitglieder, welche nach ihrer Aufnahme entmündigt werden, ausgeschlossen werden.

[3]) Es ist hier dasselbe zu bemerken, was in voriger Note von den Minderjährigen gesagt ist.

sein, wie dies namentlich bei den Raiffeinsen'schen Darlehnskassenvereinen vorkommt.[4])

4. Der Eintritt der Mitglieder geschieht stets durch Vertrag. Die ursprünglich eintretenden — die Gründer — schliessen den Vertrag untereinander durch Errichtung des Statuts, die später eintretenden werden durch die von ihnen gegebene und von den Organen der Genossenschaft angenommene Beitrittserklärung Mitglieder. Der gestellte Antrag kann zurückgewiesen werden, da Niemand ein Recht hat, den Eintritt zu erzwingen. Freilich kann der Gesellschaftsvertrag den Erben, vielleicht auch dem Gatten verstorbener Mitglieder **ein Recht zum Eintritt** beilegen, indem der § 38 Absatz 2 Satz 2 bestimmt: „Ferner erlischt die Mitgliedschaft durch den Tod, **sofern der Gesellschaftsvertrag keine entgegengesetzten Bestimmungen enthält.**" Doch ist daraus gewiss nicht abzuleiten, dass diese Erben oder Gatten **gezwungen** seien, als Genossenschafter einzutreten, und sich nur durch Erklärung ihres Austritts von der Verbindlichkeit, für die nach dem Tode ihres Erblassers oder Gatten kontrahirten Gesellschaftsschulden zu haften, befreien können, wobei sie immer für die bis zum Ablauf des Geschäftsjahres noch kontrahirten Schulden verantwortlich bleiben würden.[5])

---

[4]) Hier sind Genossenschaften gebildet, welche bloss aus Genossenschaften bestehen; die Gegner dieser Vereine sprechen hier von einem genossenschaftlichen Rattenkönig. Da aber die Genossenschaften die Rechte der Kaufleute im Sinne des H.G.B. haben, und diesen unbestritten das Recht der Theilnahme zusteht, so kann man juristisch die Unzulässigkeit solcher Theilnahme nicht behaupten. Auch vom Standpunkte der Zweckmässigkeit ist gegen solche Vereinigungen Nichts einzuwenden, welche für den Fall des Geldbedürfnisses einzelner Genossenschaften ihnen mit ihren Vorräthen und ihrem Kredit Hülfe bringen. — Auch in Schottland gibt es solche bloss aus Genossenschaften bestehende Vereine. Blätter für Genossenschaftswesen 1879 S. 233.

[5]) v. Sicherer S. 281 bemerkt unter III. „Eine Bestimmung im Gesellschaftsvertrage, dass die Mitgliedschaft durch den Tod nicht erlöschen soll, gibt dem Erben oder den Erben ein Recht zum Eintritte in die Genossenschaft, kann ihnen aber keine Pflicht dazu auflegen. Denn durch den Eintritt in die eingetragene Genossenschaft würden sie nicht nur mit dem von ihrem Erblasser ererbten Vermögen (einschliesslich des Geschäftsantheiles), sondern auch mit ihrem eigenen Vermögen für die neu entstehenden wie für die bisherigen Verbindlichkeiten der Genossenschaft persönlich und solidarisch verhaftet. Eine derartige Haftung aber kann durch Vertrag dem Erben eines Kontrahenten nicht auferlegt werden. Da nun bei der eingetragenen Genossenschaft auch der Ausweg fehlt, welcher bei der offenen Handelsgesellschaft sich darbietet, dass der Erbe oder die Erben nur als Kommanditisten eintreten, indem sie entweder nur die Einlage oder das ganze Vermögen ihres Erblassers dem Gesellschaftsfonds belassen (vgl. v. Hahn, Kommentar B. 1 S. 315), so hat eine derartige Bestimmung im Gesellschaftsvertrage beim Widerspruche des Erben keine Rechtswirkung, nicht einmal diese, dass sie bis zum Ablaufe der nächsten Kündigungsfrist, des Geschäftsjahres, Mitglieder der Genossenschaft werden, denn auch damit wäre eine Haftung mit ihrem eigenen Vermögen für die sämmtlichen bis zu ihrem Ausscheiden begründeten Verbindlichkeiten der Genossenschaft verbunden. . . . Endlich versteht es sich von selbst, dass sie für die bis zum Tode ihres Erblassers begründeten Verbindlichkeiten der Genossenschaft in derselben Weise wie dieser persönlich und solidarisch haften, und zwar, wenn sie die Erbschaft nicht mit der Rechtswohlthat des Inventares angetreten haben, auch mit ihrem eigenen Vermögen.

5. Der letzte Absatz des § 2 lautet: „Zum Beitritt der einzelnen Genossenschafter genügt die schriftliche Erklärung.“ Dies gilt sowohl von den Gründern der Genossenschaft, als den später beitretenden Mitgliedern. In Betreff der letzteren ist es die bloss von den eintretenden Mitgliedern abzugebende Erklärung, welche schriftlich erfolgen muss, es braucht nicht noch daneben die Annahme durch die Organe der Gesellschaft schriftlich erklärt zu werden. Nach dem Sinne jener Vorschrift ist zwar die schriftliche Erklärung nicht schlechthin für nothwendig zu halten, es kann eine erhöhte Formalität vorkommen, nämlich die Erklärung zu gerichtlichem oder notariellem Protokoll. Nur die ohne solche Form erfolgte mündliche Erklärung ist nicht genügend.[6])

6. Die Annahme der Erklärung, d. i. die **Aufnahme**, erfolgt durch die nach den Statuten dazu berufenen Organe der Genossenschaft. Wenn die Statuten darüber nichts enthalten, so ist der Vorstand berechtigt, neue Mitglieder aufzunehmen.[6a]) Einzelnen Genossenschaftern steht kein Recht des Widerspruchs zu. Die aufgenommenen Mitglieder sind in eine alle Vierteljahr dem Amtsgerichte zu überreichende Liste einzutragen.[7]) Dies ist eine Ordnungsvorschrift.

(Vgl. § 39 Abs. 1.)“ Noch weiter geht Endemann § 181, Note 15. „Aber auch, dass sich die Genossenschaft im Voraus gebunden haben soll, die Erben mit Verzicht auf Prüfung ihrer Persönlichkeit aufzunehmen, entspricht nicht der ursprünglichen Idee. Wenn es nur gilt, in den Bankantheil einrücken zu lassen, erscheint freilich der Fall in anderem Lichte.“ — Hiergegen ist aber einzuwenden, dass die Genossenschaft die Erben, welche eintreten wollen, nicht zurückweisen darf, wenn den Erben unbedingt das Recht des Eintritts nach dem Tode des Erblassers im Statut beigelegt ist.

[6]) Diese Erklärung des Eintritts muss eine ausdrücklich auf diesen Eintritt gerichtete sein; sie geschieht meistens durch Unterschrift der Statuten. Es genügt nicht, dass der erfolgte Eintritt durch konkludente Handlungen nachgewiesen werde, selbst wenn solche Akte die Unterschrift des Namens zeigen. — Wenn diesem entgegen das R.O.H.G. (Entsch. XXII, S. 103) ausspricht, die Mitglieder einer Genossenschaft, welche ihre Verwandlung in eine eingetragene Genossenschaft beschlossen hatte, erwerben das Recht der Mitgliedschaft schon durch diesen Beschluss, und damit den Anspruch auf die Dividende, der Vorstand sei auch verpflichtet gewesen, die Namen solcher Mitglieder in das Mitgliederverzeichniss aufzunehmen, so möchte dies mit dem Gesetze nicht wohl zu vereinigen sein. Wenn der Vorstand nach jenem Beschlusse der Verwandlung einzelnen Mitgliedern der alten (nicht eingetragenen) Genossenschaft keine Gelegenheit gegeben hat, ihre Namen zu unterzeichnen, so möchte diesen vielleicht auf Grund des älteren Gesellschaftsvertrags dieser Anspruch auf die Dividende aus dem Gesichtspunkte des Schadensersatzes zustehen, aber gewiss sind sie — ohne ihren Beitritt schriftlich oder gerichtlich, oder notariell erklärt zu haben — nicht Mitglieder der eingetragenen Genossenschaft geworden, und den Gläubigern solidarisch verhaftet, weshalb der Vorstand sie auch nicht in das Mitgliederverzeichniss aufnehmen durfte. Im Urtheile wird zwar noch angeführt, das betreffende Mitglied habe bei jenem Wandlungsbeschlusse und bei der Berathung über die zum Zwecke der Verwandlung erfolgte Berathung der Statutenänderung mitgewirkt. Diese Mitwirkung — ohne Unterschrift der beschlossenen Statuten, oder eine sonstige schriftliche Beitrittserklärung genügt nicht. Der § 71 des Ges. berechtigt nicht dazu, die Bestimmung des Ges. § 2 Abs. 4 für unanwendbar zu erklären.

[6a]) Dies folgt aus dem Gen.Ges. § 20: „Die Genossenschaft wird durch die vom Vorstande in ihrem Namen geschlossenen Rechtsgeschäfte berechtigt und verpflichtet.“

[7]) Gesetz § 25.

Ihre Beobachtung kann durch Strafandrohung erzwungen werden.[8]) Die Aufnahme in die Liste ist nicht Bedingung der Mitgliedschaft; es kann also Jemand Mitglied sein, ohne in der Liste aufgeführt zu sein. Da aber auch diese Listen nicht den Karakter öffentlicher Urkunden haben, so liefert die Aufnahme in die Liste keinen vollen Beweis der Mitgliedschaft. Wird diese bestritten, so hat der Richter nach dem in der Civilprozessordnung festgestellten Prinzip der freien Beweiswürdigung zu bestimmen, ob die Mitgliedschaft bewiesen sei.[9])

7. Die Rechte und die Verbindlichkeiten der Genossenschafter beginnen mit dem Augenblick der Aufnahme. Der Aufgenommene haftet aber für alle zu dieser Zeit schon bestehenden Verbindlichkeiten der Genossenschaft,[10]) ebenso wie für die nachher begründeten solidarisch. Ist das Gegentheil vertragsmässig festgestellt, so ist dieser Vertrag Dritten gegenüber ohne rechtliche Wirkung.[11])

8. Die Mitgliedschaft endet, abgesehen von der Beendigung der ganzen Genossenschaft:

a. durch den **Willen** des Genossenschafters. Er kann seinen Willen, auszutreten, jederzeit erklären, selbst wenn der Gesellschaftsvertrag auf bestimmte Zeit geschlossen ist.[12]) Ob dieser Austritt auch denjenigen Genossenschaftern zustehe, welche durch einen **besonderen** Vertrag sich verpflichtet haben, eine bestimmte Zeit hindurch Mitglieder zu bleiben, d. h. ob nicht diese Genossenschafter die festgesetzte Zeit hindurch ihr gesetzliches Recht des Austrittes ver-

---

[8]) Gesetz § 66.

[9]) Annalen des Reichsgerichts, herausg. v. Blum. Leipzig 1880. Entsch. des Reichsgerichts Bd. 1, S. 242. Das Reichsgericht verwarf die im angefochtenen Urtheile aufgestellte Rechtsansicht, dass die Mitgliederliste bis zum Beweise des Gegentheiles als Wahrheit anzuerkennen sei, erklärte jedoch auf Grund der Liste und einiger hinzugetretener Beweismomente den Beweis der Mitgliedschaft nach dem Grundsatze der freien Beweiswürdigung für erbracht. — Die Frage wäre präziser so zu stellen gewesen: Ist bewiesen, dass der Revisionskläger schriftlich seinen Beitritt erklärt habe?

[10]) Gesetz § 12 Abs. 2. „Wer in eine bestehende Genossenschaft eintritt, haftet gleich den anderen Genossenschaftern für alle von der Genossenschaft auch vor seinem Eintritte eingegangenen Verbindlichkeiten.“

[11]) Gesetz § 12 Abs. 3: „Ein entgegenstehender Vertrag ist gegen Dritte ohne rechtliche Wirkung.“ — Dass in dieser Bestimmung die unmittelbarste Anerkennung eigener Rechtspersönlichkeit der Genossenschaft liege, wie Endemann § 181 Note 9 behauptet, wird nicht anzuerkennen sein. Die Bestimmungen des § 12 (Absatz 2 und 3) sind fast wörtlich gleichlautend mit H.G.B. Art. 113, indem nur statt Gesellschaft Genossenschaft gesagt ist, und die Schlussworte im ersten Absatze des § 113, „es mag die Firma eine Aenderung erleiden oder nicht“, weggelassen sind. Dieser Art. 113 handelt von der Offenen Handelsgesellschaft, welche dadurch nach der angeführten Ansicht ebenfalls die unmittelbarste Anerkennung ihrer Rechtspersönlichkeit erhalten haben würde. — Die direkte Anerkennung der Rechtspersönlichkeit ist weder im Art. 113 für die Offene Handelsgesellschaft, noch im Gen. Gesetz § 12 Abs. 2 und 3 für die Genossenschaften enthalten.

[12]) Gesetz § 38 Abs. 1: „Jeder Genossenschafter hat das Recht, aus der Genossenschaft auszutreten, auch wenn der Gesellschaftsvertrag auf bestimmte Zeit geschlosen ist.“

lieren, ist streitig. [13]) Verweigert man diesen Mitgliedern das gesetzliche Recht, mit Ablauf jedes Geschäftsjahres nach vorheriger mindestens vierwöchentlicher Aufkündigung auszutreten, und fordert die Genossenschaft von jedem beitretenden Mitgliede vor seiner Aufnahme eine solche Erklärung, so ist damit die gesetzliche Bestimmung eine illusorische geworden. Der einzelne Genossenschafter, welcher sich auf bestimmte Zeit gebunden hat, würde dadurch stärker vinculirt sein, als der Gesellschafter bei der auf bestimmte Zeit errichteten offenen Handelsgesellschaft. Denn während dieser aus wichtigen Gründen vor der festgesetzten Zeit austreten kann, [14]) würde dem Genossenschafter unter keinen Umständen ein solcher Austritt möglich sein. Dies ist aber dem Geiste des Genossenschaftsgesetzes widersprechend, nach welchem die widerstrebenden Elemente nicht in der Verbindung festgehalten werden sollen. Dass der Austritt immer erst mit Ablauf des Geschäftsjahres erfolgt, und die vorher abgegebene Austrittserklärung nur als eine Aufkündigung aufgefasst wird, ist eine aus Zweckmässigkeitsgründen hervorgegangene Einschränkung. Die Genossenschaften können in ihren Statuten den Zeitpunkt des Austritts und die Kündigungsfrist anders bestimmen, [15]) doch ist dies nicht so zu verstehen, dass der Austritt erst in einer späteren Zeit stattfinden solle. Der Schluss des Geschäftsjahres ist der äusserste Zeitpunkt. Genossenschaften, welche statt Geschäftsjahre Geschäftsquartale oder Geschäftssemester eingeführt haben, [16]) können im Gesellschaftsvertrage bestimmen, dass der Austritt mit dem Schluss dieser kürzeren Geschäftsperiode stattfinde. [17]) Die Kündigungsfrist soll, wenn das Statut sie nicht anders bestimmt, **mindestens** vier Wochen betragen. [18]) Die Verzeichnisse der eingetretenen, auch der ausgetretenen Genossenschafter sind am Schlusse jedes Quartals dem Amtsgericht vom Vorstand zu überreichen. [19]) Dies ist nur eine

---

[13]) Parisius S. 347—349. Sicherer S. 280, 281. Bei Berathung dieser Bestimmung zeigte sich schon eine Meinungsverschiedenheit zwischen dem Referenten der Kommission des preussischen Abgeordnetenhauses und dem Regierungskommissär, letzterer hat sich für die im Texte ausgeführte Meinung ausgesprochen, während ersterer (Lasker) die entgegengesetzte Ansicht vertheidigte. Welcher Meinung das plenum des Abgeordnetenhauses gehuldigt habe, ist nicht ersichtlich. Bei Berathung im Norddeutschen Reichstage ist diese Frage nicht zur Sprache gekommen. Das bayerische Gesetz über die Genossenschaften hat sich für die Aufrechthaltung der Separatverabredung erklärt. Der Abs. 1 des Art. 38 lautet daselbst: „Zum Austritte ist jeder Genossenschafter berechtigt, sofern er nicht auf bestimmte Zeit beigetreten ist.“

[14]) H.G.B. 125.

[15]) Ges. § 38 Abs. 2.

[16]) Sicherer S. 281.

[17]) Es ist dies auch ohne solche Feststellung anzunehmen. R.O.H.G. XXV S. 243: „Der Schluss des Geschäftsjahres oder der etwaigen kürzeren Geschäftsperiode.“

[18]) Sie kann verkürzt und verlängert, aber nicht so verlängert werden, dass dadurch der Austritt in jedem Jahre ausgeschlossen würde. Wenn z. B. bestimmt wäre, es müsse zwei Jahre vorher gekündigt werden. Solche den Worten oder dem Geiste des Gesetzes widerstreitende Feststellungen sind ungültig. Der Richter darf den Eintrag verweigern, wenn auch nur eine einzige ungültige Bestimmung sich in den Statuten befindet.

[19]) Ges. § 25.

Ordnungsvorschrift. Dadurch, dass der Austritt eines Genossenschafters nicht angemeldet ist, wird derselbe nicht für Verbindlichkeiten, welche die Genossenschaft nach seinem Austritte begründet hat, verpflichtet. Aber das Gesetz lässt die Verjährung der Klagen gegen den ausgetretenen Genossenschafter aus Ansprüchen gegen die Genossenschaft nicht mit seinem Austritte, sondern erst mit dem Tage, an welchem der Austritt dem Amtsgerichte angezeigt ist, beginnen.[20]) Es muss darum dem ausgetretenen Mitgliede das Recht zugestanden werden, die zeitige Ueberreichung des Verzeichnisses gegen den Vorstand zu betreiben, der dazu vom Amtsgerichte durch Ordnungsstrafe angehalten werden kann.[21]) Er kann daneben seinen Austritt persönlich bei dem Amtsgerichte anzeigen.

Der austretende Genossenschafter hat nicht das Recht, einen Antheil vom Reservefonds und dem sonstigen Vermögen der Genossenschaft zu fordern, wenn nicht der Gesellschaftsvertrag solche Rechte festgestellt hat. Er ist nur berechtigt zu verlangen, dass ihm sein Geschäftsantheil, wie er sich aus den Büchern ergibt, binnen drei Monaten nach dem Austritt ausgezahlt werde. Gegen diese Verpflichtung kann sich die Genossenschaft nur dadurch schützen, dass sie ihre Auflösung beschliesst und zur Liquidation schreitet.[22])

b. Auf Betreiben eines Gläubigers oder mehrerer Gläubiger eines Genossenschafters.[23]) Diese können das Ausscheiden ihres Schuldners aus der Genossenschaft erst dann verlangen, wenn **erstens** die Zwangsvollstreckung in das Privatvermögen desselben fruchtlos gewesen ist, sei es nun, dass diese überhaupt nicht oder nicht zu vollständiger Befriedigung des Gläubigers geführt hat, sodann **zweitens** die Zwangsvolllstreckung in das dem Schuldner bei der demnächstigen Auseinandersetzung zukommende Guthaben erwirkt ist,[24]) **drittens** der Gläubiger die Aufkündigung vorgenommen hat. Diese muss bei dem Vorstande der Genossenschaft erfolgen, und zwar mindestens sechs Monate vor Ablauf des Geschäftsjahres. Welche Aufkündigungsfrist und welche Austrittszeit der Gesellschaftsvertrag bestimmen mag, ist für diese von den Gläubigern zu betreibende Ausscheidung ohne allen Einfluss. Auch darauf kommt nichts an, ob die Genossenschaft auf bestimmte oder unbestimmte Zeit eingegangen ist, und ebensowenig kann es dem Gläubiger entgegenstehen, wenn sein Schuldner durch besonderen Vertrag sich für eine bestimmte Zeit zum Bleiben in der Genossenschaft verpflichtet hat, selbst wenn dieser Separatvertrag dem Genossenschafter gegenüber für bindend gehalten werden sollte.[25]) Ist Konkurs über das Ver-

---

[20]) Ges. § 63, Abs. 2.

[21]) Ges. § 66. 25.

[22]) Ges. § 39 Abs. 2, 3. Dieser Beschluss muss vor Ablauf der Frist gefasst werden; ein späterer Beschluss befreit nicht. Reichsgerichtsentsch. I, 10.

[23]) Ges. § 16.

[24]) Die Anordnung dieser Zwangsvollstreckung erfolgt von demjenigen Amtsgerichte, in dessen Bezirke das Vollstreckungsverfahren stattgefunden hat. C.P.O. § 684.

[25]) Nicht zu verwechseln mit diesem von den Gläubigern zu erzwingenden Ausscheiden ihres Schuldners ist die sonstige Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner. Davon handelt § 13: „Die Privatgläubiger eines Genossenschafters sind nicht befugt,

mögen eines Genossenschafters erkannt, so muss dem Kurator das Recht der Aufkündigung zugestanden werden, auch ohne Vorhandensein der oben genannten ersten und zweiten Thatsache.

c. Unfreiwilliger Ausschluss durch Beschluss der Genossenschaft.[26]) Dieser ist stets statthaft, wenn der Genossenschafter die bürgerlichen Ehrenrechte verloren hat,[27]) und zwar nicht bloss für die im Strafurtheile bestimmte Zeit. Es kann der Ausschluss auch aus anderen Gründen im Gesellschaftsvertrage gestattet sein. Erfolgt der Ausschluss aus einem Grunde, welcher im Gesellschaftsvertrage nicht genannt ist, oder bestreitet der Ausgeschlossene das Vorhandensein des von der Genossenschaft behaupteten Grundes, so ist er berechtigt, mit der Gesellschaftsklage seine Wiederaufnahme zu erzwingen[28]) und die Nachzahlung der ihm vorbehaltenen Dividenden zu fordern, wogegen er bis zu erfolgter gerichtlicher Aufhebung des Ausschlusses die Rechte des Genossenschafters, z. B. Theilnahme an der Generalversammlung, Fähigkeit zum Vorstande gewählt zu werden, nicht ausüben kann.[29])

d. Durch den Tod des Genossenschafters. Ueber den Eintritt seines Gatten oder seiner Erben s. oben Nr. 4.

9. Die rechtlichen Wirkungen der Beendigung der Mitgliedschaft sind in allen vier oben genannten Fällen dieselben. Es wird daher hier bloss auf die unter Nr. 8 a dargestellten Rechtssätze verwiesen.

---

die zum Genossenschaftsvermögen gehörigen Sachen, Forderungen oder Rechte, oder einen Antheil an denselben zum Behufe ihrer Befriedigung oder Sicherstellung in Anspruch zu nehmen. Gegenstand der Exekution, des Arrestes oder der Beschlagnahme kann für sie nur Dasjenige sein, was der Genossenschafter selbst an Zinsen und an Gewinnantheilen zu fordern berechtigt ist und was ihm im Falle der Auflösung der Genossenschaft oder des Ausscheidens aus derselben bei der Auseinandersetzung zukommt." — Das letztere ist von dem Falle zu verstehen, wenn die Genossenschaft ihre Auflösung beschlossen hat, ferner, wenn der Schuldner seinen Austritt freiwillig erklärt hat, oder von der Genossenschaft ausgeschlossen ist. Nicht genannt unter den Gegenständen der Zwangsvollstreckung sind die Forderungen des Genossenschafters aus Verträgen mit der Genossenschaft, z. B. wenn er Darlehen der Genossenschaft gegeben hat; in Betreff solcher Forderungen unterscheidet sich der Genossenschafter nicht von andern Gläubigern der Genossenschaft, daher denn in Hinsicht auf diese Forderungen die §§ 729 bis 754 der C.P.O. zur Anwendung kommen.

[26]) Ges. § 38, Abs. 3.

[27]) Strafgesetzbuch §§ 32—37.

[28]) Entscheidungen des R.O.H. XXIII, 380, 383.

[29]) Sicherer S. 282. Die daselbst Note 7 und 8 angeführten Erkenntnisse beziehen sich nicht auf Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften, können daher nur analogisch bedeutend sein.

VII. Die konstituirte Genossenschaft.

§ 150.

A. Der Vorstand.

1. Die Genossenschaft muss jederzeit einen Vorstand haben. Schon vor der Eintragung.[1] Während ihres Bestehens.[2] Während der Liquidation.[3] Selbst während des Konkursverfahrens.[4]

2. Der Vorstand kann aus einer Person oder aus mehreren Personen bestehen;[5] sie können besoldet oder unbesoldet sein.[6]

---

[1] Ges. § 4.

[2] Ges. § 17.

[3] Ges. §§ 36, 40, 41.

[4] Ges. § 52.

[5] Es gibt Genossenschaften, namentlich Konsumvereine, welche einen nur aus einer Person bestehenden Vorstand haben; wenn daneben, wie es nach den Genossenschaftsblättern von 1879 im Halberstädtischen und Magdeburgischen vorkommen soll, kein Verwaltungsrath gewählt ist, so fehlt es an jeder doch so nothwendigen fortwährenden Kontrole der Geschäftsführung. Ist dieser einzige Direktor daneben ein Kaufmann, von welchem die Genossenschafter die Waaren zu entnehmen haben, so hat die Genossenschaft juristisch zwar ihre legale Existenz, thatsächlich aber hat der Vorstand nur eine Kundschaft für sich herangezogen, welcher er unter der Form der Dividende einige Prozent des Kaufpreises als Rabatt bewilligt. Auf den Vereinstagen ist diese Einrichtung mit Recht als eine missbräuchliche bezeichnet worden. — Die meisten Genossenschaften haben einen aus drei Personen bestehenden Vorstand.

[6] Die grösseren Genossenschaften geben ihrem Vorstande Besoldung, daneben Tantièmen, und berechnen letztere entweder von der Bruttoeinnahme oder vom Reingewinne. — Die sg. Raiffeisen'schen Darlehnskassenvereine geben ihrem Vorstande weder Besoldung noch Tantièmen. Ueber die Frage, ob diese Einrichtung eine zweckmässige sei, lässt sich streiten. Solange es nicht an geeigneten Personen fehlt, welche dieses Amt unentgeltlich zu verwalten bereit sind, ist diese Einrichtung nicht tadelnswerth, wie ja auch manche staatsrechtliche Obliegenheiten ohne Entgelt, als sg. Ehrenämter, erfüllt werden, häufig ohne das Recht, die Berufung abzulehnen. Zeigt sich später, dass der Mangel einer Honorirung die Darlehnskassen hindert, geeignete Personen als Vorstandsmitglieder zu finden, so wird eine Aenderung der Statuten eintreten müssen.

3. Der Vorstand muss gewählt sein.[7]) Es können auch Stellvertreter des Vorstands gewählt werden, gleich bei der Errichtung durch die Generalversammlung, oder durch den Verwaltungsrath.

4. Nur Genossenschafter können zu Vorstandsmitgliedern und zu Stellvertretern derselben gewählt werden.[8]) Auch Frauen sind fähig.[9])

5. Nach dem Gesetz § 3 Nr. 7 muss der Gesellschaftsvertrag die Art der Wahl und Zusammensetzung des Vorstandes und die Formen für die Legitimation der Mitglieder des Vorstandes und der Stellvertreter derselben bestimmen. Ob in der Generalversammlung mündlich oder durch Stimmzettel gewählt werden soll, ob relative Stimmenmehrheit genügen oder absolute gefordert werden soll, ferner ob die Vorstandsmitglieder in der statutenmässig bestimmten Zahl gewählt werden und die Gewählten dann die Geschäfte unter sich vertheilen, oder ob in besonderen Wahlgängen ein Vorsitzender, ein Schriftführer, ein Kassirer gewählt werden soll: das soll im Statut bestimmt werden. Ebenso soll bestimmt werden, auf welche Art sich der Vorstand als solcher, wenn er seine Eintragung in die Register verlangt, dem Registergericht (Amtsgericht) gegenüber sich zu legitimiren habe, z. B. durch Vorlegung des über die Wahl aufgenommenen Protokolls, durch ein Attest des Aufsichtsraths.

6. Der gewählte Vorstand, ebenso jeder gewählte Stellvertreter, auch der provisorisch vom Aufsichtsrath gewählte, hat sich an das Amtsgericht zu wenden, um die Namen seiner Mitglieder in die Register eintragen zu lassen; er hat sich zu diesem Zwecke entweder persönlich dem Amtsgerichte vorzustellen

---

[7]) Ges. § 17 Abs. 1. — Von wem, sagt das Gesetz nicht. Ungesetzlich würde es sein, wenn der Vorstand durch das Loos bestimmt oder wenn ein Turnus für den Eintritt festgestellt würde. Das Amt des Vorstandes darf darum auch nicht ein erbliches sein. Parisius, Pr.G. S. 17 und Genossenschaftsgesetze S. 196. Hier heisst es ferner, es dürfe auch kein von einer Behörde zu besetzendes Amt sein. Dieser Satz ist gewiss anzuerkennen, aber nicht als Folge jener gesetzlichen Bestimmung, dass der Vorstand gewählt werden müsse, denn auch die Behörde wählt, d. h. sucht eine geeignete Persönlichkeit. Aber es ist dem Geiste des Gesetzes, welches den Genossenschaften eine von den staatlichen und Kommunalbehörden unabhängige Stellung einräumt, entsprechend, dass eine Behörde — Gericht oder Verwaltungsbehörde — solche Ernennung, obwohl sie eine Wahl ist, nicht vornehme. Nur bei dem Vertheilungsverfahren ist eine Ausnahme zugelassen. Ges. § 60:

> „Wenn der Vorstand die ihm nach den §§ 52—59 obliegenden Verpflichtungen zu erfüllen ausser Stande ist oder deren Erfüllung versäumt, so kann das Gericht auf den Antrag eines betheiligten Genossenschafters einen oder mehrere Genossenschafter oder auch andere Personen mit den Verrichtungen des Vorstandes beauftragen."

Doch ernennt hier das Gericht nicht einen wirklichen Vorstand, sondern beauftragt nur eine oder mehrere Personen mit den Verrichtungen der dem Vorstande nach §§ 52—59 obliegenden Verpflichtungen. Der Beauftragte hat hier die Stellung eines curator ad hoc, muss sich also in den Grenzen des ihm ertheilten Auftrags halten.

[8]) Ges. § 17 Abs. 1.

[9]) Man schätzt die Zahl der weiblichen Mitglieder auf etwa 10 Prozent. Nach dem Gesetz § 12 Abs. 4 haben sie dieselben Verpflichtungen, wie die männlichen Mitglieder. Dasselbe muss darum auch in Betreff ihrer Rechte angenommen werden. Jedoch steht Nichts entgegen, dass die Statuten das Gegentheil bestimmen.

und die statutenmässig erforderliche Legitimation zu überreichen, die Mitglieder haben dabei vor Gericht ihre Namen zu zeichnen, oder beides — Anmeldung und Namenszeichnung — in beglaubigter Form zu überreichen.

Ferner bestimmt das Gesetz § 23: „Jede ganze oder theilweise Aenderung im Personal des Vorstandes muss von dem ganz oder theilweise erneuten Vorstande **gemeinschaftlich** in Person oder in beglaubigter Form dem Handelsgerichte zur Eintragung in das Genossenschaftsregister und öffentlichen Bekanntmachung angemeldet und dabei wegen Einreichung der Legitimation und Zeichnung seitens der neu Eintretenden das im § 18 Verordnete beobachtet werden."

Diese Vorschrift der **gemeinschaftlichen** Anmeldung ist ebenso wie die im gleichen Sinne gemeinte Vorschrift des Ges. § 4 Abs. 1, dass der Gesellschaftsvertrag nebst dem Mitgliederverzeichnisse **durch den Vorstand**, d. h. durch sämmtliche Mitglieder des Vorstandes **gemeinschaftlich** überreicht werden soll, blos als eine Ordnungsvorschrift zu betrachten, deren Beobachtung durch Strafdrohungen zu erzwingen ist.[10])

Das Gericht hat die Namen der Vorstandsmitglieder öffentlich bekannt zu machen. Das Gesetz bestimmt nicht, ob bei eingetretenen Personal-Aenderungen die Bekanntmachung eine kollektivistische sein, d. h. die Namen aller Derjenigen, welche jetzt Vorstandsmitglieder und Stellvertreter sind, enthalten müsse, oder ob es genüge, wenn bei theilweiser Aenderung des Vorstandes nur die Personen in der Bekanntmachung bezeichnet werden, welche aus dem Vorstande ausgeschieden, und Diejenigen, welche an ihre Stelle getreten sind.[11])

7. Die Eintragung und Bekanntmachung dieser Personal-Aenderungen haben für die Genossenschaft eine grosse Bedeutung. Denn, obwohl nicht bezweifelt werden kann, dass die Stellung der Vorstandsmitglieder eine jederzeit widerrufliche ist,[12]) so kann es dennoch vorkommen, dass die entlassenen Mitglieder — sei es, dass sie die Rechtmässigkeit des ihre Entlassung betreffenden Beschlusses bestreiten oder aus irgend welchem anderen Grunde — die Geschäfte fortführen, und es frägt sich dann, ob solche Geschäfte für die Genossenschaft rechtsverbindlich sind. Das Gesetz (§ 23 Abs. 3) sagt: „Dritten Personen kann die Aenderung nur insofern entgegengesetzt werden, als in Betreff dieser Aenderung die im Art. 46 des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs in Betreff des Erlöschens der Prokura bezeichneten Voraussetzungen vorhanden sind." — In diesem Artikel wird unterschieden, ob das Erlöschen der Prokura in das Handelsregister eingetragen und öffentlich bekannt gemacht oder ob dieses nicht

---

[10]) Das Gesetz § 66 stellt diese Bestimmungen über Anmeldung (§§ 4, 18, 23) unter Ordnungsstrafe. Vgl. übrigens oben § 148 Note 5.

[11]) Am passendsten möchte es sein, beide Formen mit einander zu verbinden, z. B. „Aus dem Vorstande der Essener Volksbank, eingetragene Genossenschaft, ist der Kaufmann Anton Müller ausgeschieden, und an seine Stelle der Kaufmann Georg Friedrich durch die Generalversammlung gewählt. Der jetzige Vorstand besteht ausser dem obengenannten Georg Friedrich aus A. und B.

[12]) Ges. § 17 Abs. 2.

geschehen ist. Im ersteren Falle muss ein Dritter das Erlöschen der Prokura gegen sich gelten lassen, sofern nicht durch die Umstände die Annahme begründet wird, dass er das Erlöschen beim Abschlusse des Geschäfts weder gekannt habe, noch habe kennen müssen. Beruft sich also ein Dritter, welcher mit dem entlassenen Vorstande ein Rechtsgeschäft abgeschlossen hat, klagend oder einredeweise auf dieses Geschäft, so antwortet die klagende oder verklagte Genossenschaft, der agirende Vorstand sei damals schon entlassen gewesen und diese Entlassung sei schon damals öffentlich bekannt gemacht worden. Dann ist es Sache des Gegners, zu behaupten und zu beweisen, er habe damals die Entlassung nicht gekannt, und unter den von ihm anzugebenden Umständen treffe ihn kein Vorwurf wegen dieser Unkenntniss. War aber die Entlassung noch nicht öffentlich bekannt gemacht, so muss die Genossenschaft das vom vormaligen Vorstande geschlossene Geschäft anerkennen, wenn sie nicht behauptet und den Beweis führt, dass dem Gegner die Entlassung bekannt gewesen sei.[13]) — Abgesehen hiervon kann die unbefugte Fortsetzung der Geschäfte durch die entlassenen Vorstandsmitglieder böse Verwicklungen zur Folge haben, wenn sie es unternehmen, eine Generalversammlung zu berufen und Beschlüsse in derselben fassen zu lassen, wenn sie ferner die neu erwählten Vorstandsmitglieder thatsächlich hindern, die Geschäfte zu verwalten, indem sie sich weigern, Lokal, Kasse, Bücher und Geschäftspapiere dem neuen Vorstande zu übergeben und eigenmächtig dies für sich zurückbehalten. Wegen der grossen Gefahren eines solchen Benehmens wird vom neuen Vorstande ein Antrag auf Erlass einstweiliger Verfügungen bei dem Amtsgerichte einzubringen sein, welches nach der Reichscivilprozess-Ordnung §§ 815—822 schleunige Rechtshülfe zu gewähren hat.

8. Die Rechte und Verpflichtungen der neu erwählten Vorstandsmitglieder beginnen übrigens nicht erst mit der Eintragung, sondern sofort nach erfolgter Wahl und deren Annahme. Letztere kann ausdrücklich oder auch stillschweigend geschehen. Unter Umständen liegt schon in dem Schweigen des Gewählten seine Annahme-Erklärung, namentlich wenn die Wahl in der Generalversammlung erfolgte, in welcher der Gewählte anwesend war.

9. Der Vorstand ist verpflichtet, Sorge zu tragen, dass die erforderlichen Bücher der Genossenschaft geführt werden.[14]) Zwar ist diese Vorschrift im Ges. § 66 nicht unter denjenigen Vorschriften aufgezählt, zu deren Befolgung das Registergericht den Vorstand durch Ordnungsstrafen anzuhalten hat.[15])

---

[13]) v. Hahn, Commentar Bd. 1 S. 62 bis 68. Die Erörterungen beziehen sich auf den entlassenen Prokuristen, finden aber auch auf die entlassenen Vorstandsmitglieder Anwendung, da unser Gesetz gerade Das, was Art. 46 H.G.B. wegen der Prokuristen verordnet hat, hier gelten lassen will.

[14]) Gesetz § 26 Satz 1.

[15]) Dies ist mit gutem Grunde unterlassen, weil das Gesetz den Genossenschaften eine möglichst freie Gebarung sichern wollte. Im entgegengesetzten Falle müsste das Registergericht durch Revisionen sich die Ueberzeugung verschaffen, dass ordnungsmässig geführte Bücher vorhanden seien, was dann zu einer fortwährenden Kontrole führen würde, mit welcher die Genossenschaften nicht belastet werden sollten.

Aber es fehlt dennoch nicht an rechtlichen Wirkungen dieser Vorschrift. Denn einmal wird der Vorstand, wenn er dieserhalb vom Aufsichtsrath provisorisch, oder definitiv durch Beschluss der Generalversammlung entlassen ist, diese Entlassung als eine wohlverdiente anzusehen haben und keine Entschädigungsansprüche aus den mit ihm geschlossenen Verträgen durchsetzen können; sodann kann er nach der Konkursprozessordnung § 210 und § 214 mit Gefängniss bis zu zwei Jahren gestraft werden, wenn die Genossenschaft in Konkurs geräth und der Vorstand es unterlassen hat, Handelsbücher zu führen oder dieselben so unordentlich geführt hat, dass sie keine Uebersicht des Vermögenszustandes der Genossenschaft gewähren. — Aus dieser Strafandrohung ergibt sich zugleich, wie die Bücher geführt werden müssen, sie müssen jederzeit eine Uebersicht des Vermögenszustandes gewähren. Wie dies zu realisiren sei, ist nach der Art der genossenschaftlichen Geschäfte zu bemessen.

10. Der Vorstand hat ferner dafür zu sorgen, dass die Beschlüsse der Generalversammlung in ein Protokollbuch eingetragen werden, selbst wenn die Versammlung durch ihn weder berufen, noch geleitet war[16]. Diess Protokollbuch kann jederzeit von der Staatsbehörde und von jedem Genossenschafter eingesehen werden.[17]

11. Der Vorstand ist verbunden, dem Registergerichte am Schlusse jeden Quartals über den Eintritt und Austritt von Genossenschaftern schriftlich Anzeige zu machen und alljährlich im Monat Januar ein vollständiges, alphabetisch geordnetes Verzeichniss der Genossenschafter einzureichen.[18] Das Gericht hat nach Ges. § 66 den Vorstand hierzu durch Ordnungsstrafe anzuhalten.

---

[16]) Ges. § 33 Abs. 2. Dass diese Verpflichtung unter allen Umständen dem Vorstande obliegt, ergibt sich aus der Erwähnung des § 33 Abs. 2 im § 66, wonach er zur Erfüllung durch Ordnungsstrafe angehalten werden kann.

[17]) Ges. § 33 Abs. 2.

[18]) Ges. § 25 Abs. 1. Der Abs. 2 sagt: „Das Handelsgericht berichtigt und vervollständigt danach die Liste der Genossenschafter.“ Die hier genannte Liste ist das sogleich bei der Errichtung einzureichende Mitgliederverzeichniss (Ges. § 4 Abs. 1, 3). Von einer Berichtigung der Stammliste ist nur zu sprechen, wenn die ursprüngliche eine fehlerhafte war. Das ist möglich, aber nicht schon dann anzunehmen, wenn eine in der Stammliste aufgeführte Person in dem alphabetischen Verzeichnisse sich nicht findet, ohne dass die Quartallisten sie unter den abgegangenen aufführen. Hier ist entweder die Stammliste unrichtig, oder das alphabetische Verzeichniss ist lückenhaft. Das Gericht ist gewiss nicht berechtigt, die Unfehlbarkeit des alphabetischen Verzeichnisses anzunehmen. Dasselbe hat vielmehr eine Untersuchung darüber anzustellen, ob die Stammliste oder das alphabetische Verzeichniss das Richtige sei, und nur im letzteren Falle die Berichtigung hinzuzufügen.

Die Stammliste ist, weil ihre Anordnung keine alphabetische ist, nicht so leicht zu benutzen, wie das alphabetisch geordnete Mitgliederverzeichniss, sie ist aber vollständiger, weil sie alle Genossenschafter aufzählt, mit Angabe der Zeit, zu welcher die einzelnen Mitglieder eingetreten und wieder ausgeschieden sind. Für die Gläubiger und die ausgeschiedenen Mitglieder und die Erben der letztern ist die Kenntniss des Austritts von besonderer Wichtigkeit, weil sie für die nach dem Ausscheiden kontrahirten Schulden der Genossenschaft nicht verpflichtet werden, sodann auch, weil die Verjährung der Klagen der Gläubiger mit dem Tage beginnt, wo die Quartalliste, in welcher der

12. Der Vorstand muss spätestens in den ersten sechs Monaten jedes Geschäftsjahres eine Bilanz des verflossenen Geschäftsjahres, die Zahl der seit der vorjährigen Bekanntmachung aufgenommenen und ausgeschiedenen, sowie die Zahl der zur Zeit der Genossenschaft angehörigen Genossenschafter veröffentlichen.[19]) Die Namen der eingetretenen, ausgeschiedenen und der gegenwärtigen Mitglieder brauchen nicht veröffentlicht zu werden.[20]) Er hat die Jahresrechnung und Bilanz dem Aufsichtsrath zu überreichen oder, wenn ein solcher nicht gewählt ist, der Generalversammlung vorzulegen. Aus der oben angeführten Gesetzesbestimmung ergibt sich, dass dies spätestens in den ersten sechs Monaten nach Ablauf des Geschäftsjahres geschehen muss. Die Statuten dürfen keine längere Frist gewähren, wohl aber eine kürzere Frist feststellen. Dies erscheint mit Rücksicht auf die ausgeschiedenen Mitglieder, welchen nach Ges. § 39 Abs. 2 ihr Geschäftsantheil, „wie er sich aus den Büchern ergibt", binnen drei Monaten nach ihrem Ausscheiden ausgezahlt werden muss, geradezu nothwendig. Die am häufigsten vorkommenden Ausscheidungen erfolgen durch freiwilligen Austritt am Ende des Geschäftsjahres nach vorgängiger, wenigstens vierwöchentlicher Aufkündigung. Um nun die Höhe des den Ausscheidenden gebührenden Betrages festzustellen, ist es durchaus nöthig, dass vor Ablauf der drei Monate die Generalversammlung in die Lage gesetzt werde, einen Beschluss über Gewinn- und Verlust-Feststellung zu fassen.

Abgang bemerkt ist, dem Gerichte eingereicht worden (Ges. § 63 Abs. 2). Dieser Tag der Anzeige muss daher in der Stammliste mit bemerkt werden. Busch, Archiv Bd. 18, S. 448 bis 452. „Wie sind die durch das Bundesgesetz vom 4. Juli 1868 vorgeschriebenen gerichtlichen Verzeichnisse der Genossenschafter zu führen?" Der Aufsatz enthält ein Gutachten des Kreisgerichts in Kassel, welches durch einen Beschluss des Appellationsgerichts in Kassel vom 10. März 1870 gebilligt wurde, „im Anschlusse an die einschlagenden Bestimmungen, sowie im Interesse des Publikums, welchem nicht zugemuthet werden kann, sich die ihm wünschenswerth erscheinende Kenntniss von dem früheren Mitgliederstande erst durch Einsicht aller vorausgegangenen Jahresverzeichnisse zu verschaffen." — Uebrigens ist hier zu bemerken, dass alle diese Register — Stammrolle, Jahreslisten, Quartallisten — nicht als öffentliche Urkunden zu betrachten sind. Denn als öffentliche Urkunden gelten nach C.P.O. § 380 nur solche Schriften, welche von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse, oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises in der vorgeschriebenen Form aufgenommen sind; der Vorstand ist aber weder eine öffentliche Behörde, noch mit öffentlichem Glauben versehen, und die vom Registergerichte geführte Stammliste enthält nur die Angaben des Vorstandes. Durch sie wird nur amtlich festgestellt, welche Angaben der Vorstand gemacht hat. Unrichtigkeiten in den Angaben des Vorstandes sind zwar nach Ges. § 67 mit Strafe bedroht — bis zu 20 Thlrn. —. Daraus folgt aber nicht, dass die von ihnen eingereichten Verzeichnisse den Karakter öffentlicher Urkunden haben. Annalen des Reichsgerichts, herausg. von Blum, Bd. 1, Leipzig 1880, S. 527—532.

[19]) Ges. § 26 Satz 2. Nach Gesetz § 66, wo irrthümlich statt Satz 2 Absatz 2 genannt wird, ist der Vorstand zur Befolgung dieser Vorschrift durch Strafandrohung anzuhalten.

[20]) Es ist dies zum Zweck der Ersparung von Kosten nicht gefordert.

13. Das Gesetz bestimmt im § 27 Abs. 1:

„Mitglieder des Vorstandes, welche in dieser ihrer Eigenschaft ausser den Grenzen ihres Auftrages oder den Vorschriften dieses Gesetzes oder des Gesellschaftsvertrages entgegen handeln, haften persönlich und solidarisch für den dadurch entstandenen Schaden."

Sodann Abs. 2:

„Sie haben, wenn ihre Handlungen auf andere, als die in dem gegenwärtigen Gesetze (§ 1) erwähnten geschäftlichen Zwecke gerichtet sind, oder wenn sie in der Generalversammlung die Erörterung von Anträgen gestatten oder nicht hindern, welche auf öffentliche Angelegenheiten gerichtet sind, deren Erörterung unter die Landesgesetze über das Versammlungs- und Vereinsrecht fällt, eine Geldbusse bis zu 200 Thalern verwirkt."

Die letztgenannte Bestimmung wird mit Unrecht von einigen Schriftstellern aus verschiedenen Gründen getadelt.[21])

[21]) Rosenthal S. 22 sagt: „Gegen die Redaktion dieses Artikels liesse sich einwenden, dass ja Erörterungen dieser Art vorkommen können, ohne dass ein desfallsiger Antrag vorläge." So weit hat das Gesetz nicht gehen wollen, dass es den Vorstand mit Strafe bedrohte, wenn ein Redner bei der Berathung eines zulässigen und zugelassenen Antrags sich in politische Erörterungen vertieft. Die Strafandrohung ist nur gegen die Erörterung der Anträge gerichtet, welche unter die Landesgesetze über das Versammlungs- und Vereinsrecht fallen. — Endemann § 182 Note 35 a. E. sagt: „Unter die Landesgesetze fällt", soll doch wohl heissen: „von ihnen untersagt ist". Dies ist nicht richtig; die seit dem Jahre 1848 erlassenen Landesgesetze über das Versammlungs- und Vereinsrecht verbieten nicht politische Vereine oder Versammlungen zur Besprechung öffentlicher Angelegenheiten, sondern sie stellen nur besondere Vorschriften auf, namentlich vorherige Anzeige bei der Polizeibehörde, auch wohl Erlaubniss derselben; es muss einem Vertreter der Polizeibehörde Zutritt gestattet werden, dieser darf die Versammlung auflösen u. s. w. Bayerisches Gesetz die Versammlungen und Vereine betreffend vom 26. Febr. 1850, preussisches Gesetz vom 11. März 1850, königl. sächsisches Gesetz vom 3. Juni 1850, Cob.-Gothaische Verfassung v. 1852 §§ 44—47. Das preussische Genossenschaftsgesetz hatte dieselbe Strafandrohung im § 26; in demselben wird nur auf das preussische Gesetz vom 11. März 1850 verwiesen, während im Bundesgesetze allgemein auf die Landesgesetze über das Versammlungs- und Vereinsrecht verwiesen werden musste. — Veranlassung zu dieser Strafandrohung hat wohl das berühmte Programm des ersten englischen Konsumvereins, der Pioniere zu Rochdale, gegeben (Rochdale Society of Equitable Pioneers). Dies Programm lautet, (siehe Parisius preuss. Gesetz, Einleitung S. XXI): „Zweck der Genossenschaft ist, solche Einrichtungen zu treffen, die ihren Mitgliedern sowohl Geldgewinn bringen, als zur Verbesserung ihrer gesellschaftlichen und häuslichen Lage dienen. Zu diesem Behufe soll von den Mitgliedern ein Kapital in Aktien von 1 Pfund Sterling aufgebracht werden, mit welchem folgende Pläne auszuführen sind: 1. Einrichtung eines Ladens zum Verkaufe von Lebensmitteln, Kleidung und Materialwaaren; 2. Erbauung oder Ankauf und Einrichtung einer Anzahl Wohnhäuser für die Mitglieder; 3. Fabrikation solcher Artikel, welche der Genossenschaft zweckmässig erscheinen, um dadurch Mitgliedern Arbeit zu geben, welche wegen ungerechter Herabsetzung des Lohnes oder aus anderen Gründen ausser Arbeit sind; 4. Pacht und Kauf von Grundbesitz zur Bearbeitung durch arbeitslose Mitglieder; 5. sobald es thunlich erscheint, wird die Genossenschaft die Erzeugung und Vertheilung der Güter, sowie die Erziehung der Kinder und die Verwaltung des Staats ordnen; 6) zur Beförderung der Nüchternheit soll ein Mässigkeitsgasthaus in einem der Genossen-

Damit diese Strafe zur Anwendung komme, muss der Vorstand in der Lage gewesen sein, den strafbaren Antrag oder seine Erörterung in der Generalversammlung auszuschliessen. Nach dem Gesetz § 28 steht das Recht, eine Generalversammlung zu berufen, auch dem Aufsichtsrath zu, und nach § 32 kann diese über Leitung der Versammlung Beschluss fassen. Wenn nun der Vorstand die Versammlung weder berufen, noch geleitet hat, so kann er auch nicht für die Zulassung solcher Anträge und ihrer Erörterung verantwortlich gemacht werden. Andere Personen, welche die Generalversammlung berufen oder ihre Berathungen geleitet haben, sind nicht in die im § 27 gedrohte Geldstrafe zu verurtheilen, da diese bloss den Vorstandsmitgliedern angedroht ist.

14. Der Vorstand **vertritt** die Genossenschaft:

a. aussergerichtlich durch Abschluss von **Rechtsgeschäften** aller Art. „Es ist gleichgültig, ob das Geschäft ausdrücklich im Namen der Genossenschaft abgeschlossen ist oder ob die Umstände ergeben, dass es nach dem Willen der Kontrahenten für die Genossenschaft geschlossen werden sollte.“ [22]) Durch unerlaubte Handlungen des Vorstandes entsteht keine Verpflichtung der Genossenschaft.[23])

---

schaftshäuser gegründet werden.“ — Die Genossenschaft will also (nach Nr. 5), sobald es thunlich erscheint, die Erzeugung und Vertheilung der Güter, sowie die Erziehung der Kinder und die Verwaltung des Staats ordnen; da nun durch Huber u. A. die ausserordentlichen ziffermässig nachgewiesenen Erfolge dieses Konsumvereins gewissermaassen als Reklame für die deutschen Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften benutzt wurden, so musste der Bundesrath ebenso wie es früher die preussische Regierung gethan hatte, die Möglichkeit ins Auge fassen, dass auch die deutschen Genossenschaften dasselbe zu erstreben unternehmen würden, was jenes englische Vorbild auf sein Programm gesetzt hatte. — Endemann § 182 Note 35 bezeichnet diese Bestimmung als eine traurige, die man habe mit in Kauf nehmen müssen, um das Gesetz zu Stande zu bringen. — Doch ist kein Grund vorhanden, weshalb unseren Genossenschaften eine Ausnahmsstellung in Betreff der Behandlung öffentlicher Angelegenheiten gewährt werden sollte. Dasselbe gilt von den §§ 1 und 2 des Reichsgesetzes gegen die gemeingefährlichen Bestrebungen der Sozialdemokratie vom 21. Okt. 1878. Die Verlängerung der Gültigkeit dieser Bestimmungen bis zum 30. September 1884 ist im Reichsgesetz Nr. 12 vom 31. Mai 1880 § 2 ausgesprochen.

Es ist ferner gesagt, diese Strafandrohung gehöre gar nicht in diese Gesetzgebung (über Genossenschaftsrecht), sondern in die Gesetze über das Versammlungs- und Vereinsrecht. Rosenthal S. 22. — Hier ist nicht berücksichtigt, dass im Jahre 1868 die Kompetenz des Norddeutschen Bundes sich noch nicht auf das Vereinsrecht und Versammlungsrecht bezog, die Erstreckung hierauf ist erst durch Einfügung der Ziffer 16 in Art. 4 der Verfassung für das deutsche Reich erfolgt.

[22]) Ges. § 20 Abs. 1.

[23]) O.H.G. XIX 201, 202. Eine Genossenschaft hatte von einer an einem andern Orte domicilirten G. Auskunft über Kreditwürdigkeit einer am letztern Orte wohnhaften Person gewünscht. Die Anfrage war bejahend beantwortet, die betreffende Person gerieth bald darauf in Konkurs, und der Kaufmann, auf dessen Veranlassung jene Anfrage erfolgt war, gerieth in Verlust; er forderte Ersatz desselben von der Genossenschaft, welche sich für die Kreditwürdigkeit ausgesprochen hatte. Es wurde angenommen, dass aus dieser Auskunftsertheilung nur die Actio doli entspringe. Handelte es sich um ein im Namen der Genossenschaft vom Vorstande abgeschlossenes Rechtsgeschäft, so

Der § 19 des Gesetzes bestimmt: „Der Vorstand hat in der durch den Gesellschaftsvertrag bestimmten Form seine Willenserklärung kund zu geben und für die Genossenschaft zu zeichnen. Ist Nichts darüber bestimmt, so ist die Zeichnung durch sämmtliche Mitglieder des Vorstandes erforderlich. Die Zeichnung geschieht in der Weise, dass die Zeichnenden zu der Firma der Genossenschaft oder zu der Benennung des Vorstandes ihre Unterschrift hinzufügen."

Der § 19 ist wörtlich dem Art. 229 des H.G.B. nachgebildet.

Die wörtliche Auslegung dieser Bestimmung würde dahin führen, dass die Genossenschaft nur durch **ausdrückliche urkundliche** Erklärungen in der statutenmässigen Form verpflichtet werden könnte.[24]) Danach müsste jeder eine Offerte oder die Annahme einer Offerte enthaltende Brief, jedes Indossament von allen Vorstandsmitgliedern unterzeichnet werden. Ist dies nicht geschehen, so müsste die abgegebene Erklärung eines Vorstandsmitgliedes, wenngleich die übrigen Vorstandsmitglieder ihre Zustimmung mündlich erklärt hätten, ungültig sein. Umsomehr müssten mündliche Erklärungen allein als unverbindlich für die Genossenschaft betrachtet werden.[25]) Das Reichsoberhandelsgericht hat indess mehrfach ausgesprochen, dass die Ansicht unrichtig sei, es könne die eingetragene Genossenschaft nur durch **ausdrückliche urkundliche** Erklärungen in der statutenmässigen Form verpflichtet werden.[26]) Danach wird zu unterscheiden sein, ob zur Gültigkeit der abgegebenen Erklärung die Schrift erforderlich war oder nicht. Im ersteren Falle, also z. B., wenn ein Wechsel ausgestellt, akzeptirt oder indossirt wird, muss die schriftliche Erklärung von **allen** Vorstandsmitgliedern oder von der im Statut festgesetzten Zahl derselben unterschrieben sein, wogegen im zweiten Falle, wo ja schon die **mündliche** Erklärung

---

würde die Genossenschaft nach § 20 Abs. 1 des Ges. von 1868 die rechte Beklagte sein; hier handelte es sich aber um ein den Vorstandsmitgliedern vorgeworfenes unredliches Verhalten ausserhalb der Vertragsverhältnisse. Es heisst dann weiter: „Im Gebiete des gemeinen Rechtes findet im Falle des dolus des Vertreters die actio doli gegen den Vertretenen nur insoweit statt, als er durch den dolus seines Vertreters bereichert ist, welcher Satz in l. 15 D. de dolo malo bezüglich des Prokurators, Vormunds und Gemeindevorstands ausgesprochen ist und auf die Vertreter von Handelsgesellschaften und Genossenschaften Anwendung leidet."

Auf den Verbandstagen ist Klage darüber erhoben (Genossenschaftsblätter von 1879), dass solche Anfragen jetzt häufig vorkommen und den Vorstandsmitgliedern lästig werden. Letzteren ist zu rathen, solche Anfragen unbeantwortet zu lassen, da die Beantwortung nicht zu ihren Obliegenheiten gehört.

[24]) Die Zeichnung durch sämmtliche Vorstandsmitglieder zu fordern, ist unzweckmässig, weil man auf augenblickliche Verhinderungsfälle Bedacht nehmen muss. Daher empfiehlt es sich, wenn drei Vorstandsmitglieder gewählt sind, zu bestimmen, dass die Unterschrift von 2 Vorstandsmitgliedern genügen solle. Schulze-Delitzsch, Vorschuss- und Kreditvereine. 4. Aufl. S. 190, v. Sicherer S. 244.

[25]) Anschütz und v. Völderndorff, Kommentar Bd. 2 S. 221, v. Sicherer S. 245. An letzterer Stelle ist auch eine Anzahl von Entscheidungen, welche in diesem Sinne ergangen sind, aufgeführt.

[26]) O.H.G. III 183, XII 35, XVI 34, 35, XXIII 74.

genügen soll, eine von einem einzigen Vorstandsmitgliede unterschriebene Erklärung um so mehr genügen muss. Die Rechtsprechung hat hier offenbar eine Restriktivinterpretation eintreten lassen, sie geht davon aus, der § 19 habe seine allerdings ganz allgemein gehaltene Vorschrift in solcher Allgemeinheit gar nicht beabsichtigt, sondern sie nur auf solche Erklärungen angewandt wissen wollen, welche urkundlich abgegeben werden müssen. So bedenklich diese Restriktivinterpretation erscheint, so muss doch anerkannt werden, dass dieselbe als ein entschiedener Fortschritt erscheint und daher Anerkennung verdient.

Die Vertretungsbefugniss des Vorstandes erstreckt sich auch auf diejenigen Geschäfte und Rechtshandlungen, für welche nach den Gesetzen eine Spezialvollmacht erforderlich ist.[27]) „Zur Legitimation des Vorstandes bei allen das Hypothekenbuch betreffenden Geschäften und Anträgen genügt ein Attest des Handelsgerichts, dass die darin zu bezeichnenden Personen als Mitglieder des Vorstandes in das Genossenschaftsregister eingetragen sind.“ [28]) — Diese Legitimation ist erforderlich, wenn Grundstücke oder in den Grundbüchern verzeichnete Gerechtsame übertragen, wenn Pfandrechte oder Grundschulden an denselben bestellt, Forderungsrechte, wofür ein Pfandrecht besteht, zedirt, oder das Pfandrecht oder die Grundschuld gelöscht werden soll, wenn Protestationen oder Vormerkungen zur Sicherung in das Hypothekenbuch eingetragen werden sollen. Das Attest der Registerbehörde — des Handelsgerichts, jetzt Amtsgerichts — hat zu bezeugen, dass die zu benennenden Personen als die jetzigen Mitglieder des Vorstandes in das Register eingetragen sind; es genügt nicht, dass diese Personen bei früheren Akten vor dem Hypothekenamt sich als Vorstandsmitglieder legitimirt haben, ebensowenig, dass sie ein ihnen von dem Registergericht früher ausgestelltes Legitimationszeugniss beibringen. Die durch das Attest legitimirten Personen dürfen und müssen vom Hypothekenamte als genügend legitimirte Vertreter anerkannt werden. Eine Anfechtung der erfolgten Eintragungen kann nicht darauf gestützt werden, dass das Attest nicht beigebracht worden, wenn die vor dem Hypothekenamte handelnden Personen zur Zeit der Vornahme der Handlung Vorstandsmitglieder gewesen sind.

Diese Befugniss des Vorstandes, die Genossenschaft durch Rechtshandlungen zu vertreten, ist eine unbeschränkte. Zwar ist der Vorstand der Genossenschaft gegenüber verpflichtet, die Beschränkungen einzuhalten, welche in dem Gesellschaftsvertrage oder durch Beschlüsse der Generalversammlung für den Umfang seiner Befugniss, die Genossenschaft zu vertreten, festgesetzt sind. Gegen dritte Personen hat jedoch eine solche Beschränkung keine rechtliche Wirkung.[29]) Im

---

[27]) Ges. § 20 Abs. 2 Satz 1.

[28]) Ges. § 20 Abs. 2 Satz 2.

[29]) Ges. § 21. Dasselbe fügt hinzu: „Dies gilt insbesondere für den Fall, dass die Vertretung sich nur auf gewisse Arten von Geschäften erstrecken oder nur unter gewissen Umständen oder für eine gewisse Zeit oder an einzelnen Orten stattfinden soll, oder dass die Zustimmung der Generalversammlung, eines Aufsichtsraths oder eines anderen Organes der Genossenschafter für einzelne Geschäfte erfordert ist.“

Verhältniss zu dritten Personen ist demnach die Vertretungsbefugniss des Vorstandes eine **unbeschränkte und unbeschränkbare**, wogegen diese Vertretungsbefugniss der Genossenschaft gegenüber durch Statute und Beschlüsse der Generalversammlung gültig beschränkt werden kann. Ueberschreitungen dieser Beschränkungen gelten als Rechtsverletzungen und verpflichten, wenn durch sie Schaden zugefügt ist, zum Ersatz.

Ein Beschluss der Generalversammlung, dass ein Vorstandsmitglied die Genossenschaft **in keiner Weise** zu vertreten befugt sein soll, kann nicht als gültig anerkannt werden, da ein solcher Beschluss einen innern Widerspruch enthält. Der Vorstand ist Vertreter der Genossenschaft, aber er dürfte nach jenem Beschlusse die Vertretung gar nicht ausüben, er würde dadurch zu einem Titularvorstande herabgedrückt werden, den aber das Gesetz nicht kennt.

Der Vorstand vertritt die Genossenschaft:

b. auch in Rechtsstreitigkeiten vor Gericht.[30]) Zur Behändigung von Vorladungen und andern Zustellungen an die Genossenschaft genügt es, wenn dieselbe an ein Mitglied des Vorstandes geschieht.[31]) Eide Namens der Genossenschaft werden durch den Vorstand [32]) geleistet.

---

[30]) Ges. § 17.

[31]) Ges. § 24 sagt: „Wenn dieselbe an ein Mitglied des Vorstandes, welches zu zeichnen oder mit zu zeichnen befugt ist, geschieht." — Dies ist nicht so zu verstehen, als ob die Zustellung an ein Vorstandsmitglied, welches nach den Statuten oder nach einem Beschlusse der Generalversammlung ausdrückliche urkundliche Erklärungen nicht abgeben darf, ungenügend sei, denn eine solche Beschränkung hat nach Ges. § 21 Satz 2 gegen dritte Personen keine rechtliche Wirkung. Es soll vielmehr damit nur gesagt werden, dass die Zustellung an ein entlassenes Vorstandsmitglied nicht genüge, da dieses nicht mehr zu zeichnen oder mit zu zeichnen befugt ist. — Dasselbe muss auch von Zustellungen gelten, die ausserhalb der Rechtsstreitigkeiten vorkommen, z. B. von Kündigungen der Miethsverträge oder Darlehen, von Zustellung der Briefe, welche Offerten oder Annahme von Offerten, oder Mittheilung eines erfolgten Protestes Mangels Zahlung enthalten.

[32]) Darunter sind nur die zur Zeit der Zuschiebung oder der Zurückschiebung oder der gerichtlichen Auflage des Eides im Amte befindlichen Vorstandsmitglieder zu verstehen. Eine Abänderung der gesetzlichen Bestimmung, dass die Eide Namens der Genossenschaft durch den Vorstand geleistet worden, ist nicht gestattet, demnach nach Ges. § 9 Abs. 1 ungültig. Dies würde die Bestimmung betreffen, dass die Eide Namens der Genossenschaft durch die Prokuristen, Handlungsbevollmächtigte, Rechtskonsulenten, Agenten der Genossenschaft geleistet werden sollen. Alle diese Personen können nur als Zeugen vernommen werden. Die Zuschiebung oder Zurückschiebung des Eides erfolgt an die zur Zeit der Zuschiebung oder Zurückschiebung im Amte befindlichen Vorstandsmitglieder. Stirbt eine dieser schwurpflichtigen Personen vor der Eidesleistung oder hört sie auf Vorstandsmitglied zu sein, so können beide Parteien in Ansehung der betreffenden Beweisführung alle Rechte ausüben, welche ihnen vor der Zuschiebung des Eides zustanden. Reichscivilprozessordnung § 433. Die vor der Eidesleistung ausgeschiedenen Vorstandsmitglieder können nunmehr als Zeugen von der einen oder andern Partei benannt werden. Vor Einführung der Reichscivilprozessordnung war es streitig, 1) ob, wenn der Vorstand aus mehreren Personen besteht, alle oder nur wie viele Personen den Eid zu leisten haben, 2) wer die Auswahl vorzunehmen habe und wie dieselbe vorzunehmen sei, 3) welche Folgen eintreten, wenn von mehreren schwurpflichtigen Vor-

Der Vorstand vertritt **nicht** die Genossenschafter, sondern das ideale Rechtssubjekt, die Genossenschaft. Ersteren fliessen wohl die Vortheile dieser Vertretung zu, nicht minder die Nachtheile, indem durch ungünstigen Ausfall der Vertretung von Seiten des Vorstandes ihre Dividendenbezüge geschmälert, ihre Geschäftsantheile vermindert oder absorbirt und sie ausserdem in Folge ihrer subsidiär eintretenden Solidarhaft zu Leistungen verpflichtet werden. Wäre der Vorstand Vertreter der Genossenschafter, so würden diese im Prozess als Streitgenossen gelten. Das ist aber niemals, weder im Genossenschaftsgesetz, noch in der Rechtsprechung anerkannt worden.

15. Die Stellung des Vorstandes ist jederzeit widerruflich, unbeschadet der Entschädigungsansprüche aus bestehenden Verträgen.[33]) Der Widerruf kann als ein definitiver nur von der Generalversammlung erfolgen, der Aufsichtsrath kann die Vorstandsmitglieder, sobald es ihm nothwendig erscheint, **vorläufig**, und zwar bis zur Entscheidung der demnächst zu berufenden Generalverammlung, von ihren Befugnissen entbinden. Die Entschädigungsansprüche aus bestehenden Verträgen können geltend gemacht werden; ihnen steht aber eine Einrede entgegen, wenn das entlassene Vorstandsmitglied sich kulposer Verletzung seiner Pflichten schuldig gemacht hat, z. B. wenn es nicht dafür gesorgt hat, dass die nothwendigen Bücher geführt werden, dass die von der Generalversammlung gefassten Beschlüsse in ein Protokollbuch eingetragen werden, wenn es die vorgeschriebenen Anmeldungen, Einreichungen, Veröffentlichungen unterlässt, wenn Fälschungen von ihm vorgenommen sind, wenn es genossenschaftliches Vermögen

---

stehern einige schwören, andere den Eid verweigern. Jetzt sind alle diese Fragen durch die C.P.O. §§ 434—438 erledigt. Die erste Frage ist dahin zu beantworten, dass der Eid allen Vorstandsmitgliedern zuzuschieben, zurückzuschieben oder als richterlicher Eid aufzulegen ist, ausgenommen, wenn der Eid die eigenen Handlungen oder Wahrnehmungen nur einiger oder eines der Vorstandsmitglieder betrifft; hier ist er von den übrigen nicht zu leisten (Pr.O. § 436), er darf in diesem Falle den übrigen Vorstandsmitgliedern nicht zugeschoben, referirt oder aufgelegt werden (§ 436 nebst dem daselbst angezogenen § 434). Die zweite Frage, wer die Wahl vorzunehmen habe und wie dieselbe vorzunehmen sei, ist dahin zu beantworten: Der Deferent, Referent, oder bei richterlich aufzulegendem Eide das Gericht verlangt die Eidesleistung von allen schwurpflichtigen Vorstandsmitgliedern, oder bestimmt nach freiem Ermessen die Vorstandsmitglieder, welche den Eid leisten sollen. In Betreff der dritten Frage bestimmt der § 436, dass die Vorschriften des § 434, welcher von Prozessen der Streitgenossen handelt, entsprechende Anwendung finden sollen. Die Antwort auf unsere dritte Frage ist aus § 434 Abs. 2 zu entnehmen. Dieser lautet: „Ist der von allen oder einigen Streitgenossen zu leistende Eid von einem oder mehreren derselben, oder ist der von einem Theile der Streitgenossen zu leistende Eid von allen Schwurpflichtigen verweigert oder als von ihnen verweigert anzusehen, so entscheidet das Gericht nach freier Ueberzeugung, ob die Behauptung, deren Beweis durch Eideszuschiebung angetreten ist, für wahr zu erachten sei. Erklären einzelne Streitgenossen, dass sie den Eid nicht leisten werden, so ist in Ansehung der übrigen Streitgenossen die Leistung des Eides nicht anzuordnen oder der Eid nicht abzunehmen, sofern das Gericht denselben für unerheblich erachtet."

[33]) Ges. § 17 Abs. 2 Satz 2.

unbefugterweise für sich verwandt hat, wenn es gültig gefassten Beschlüssen der Generalversammlung zuwider handelt oder dieselben nicht ausführt.[34])

16. Der Vorstand kann Vertreter und andere Beamte der Genossenschaft ernennen, dieselben auch aus ihren Stellungen entlassen. Dagegen kann er kein Vorstandsmitglied ernennen, ein solches auch nicht von seinen Funktionen suspendiren, da die Ernennung und die Entlassung von Vorstandsmitgliedern nur der Generalversammlung, provisorische Maassregeln dieser Art auch dem Aufsichtsrathe, nicht aber dem Vorstande, zugestanden sind.

17. Die Mitglieder des Vorstandes, mögen sie besoldet sein oder nicht, haften als Führer fremder Geschäfte für jedes Verschulden, und zwar solidarisch. Das gilt nicht bloss für ihre positiven Handlungen, sondern auch für Unterlassungen. So ist z. B. bei wechselmässigen Forderungen die Versäumung der Protestfrist oder das Eintretenlassen der Verjährung eine Nachlässigkeit, welche zum Schadenersatz verpflichtet.[35])

18. Ueber die Rechte und Verpflichtungen des Vorstandes während der Liquidation und des Konkurses s. unten §§ 159—161.

§ 151.

B. Der Aufsichtsrath.

1. Der Aufsichtsrath ist kein **nothwendiges** Organ der Genossenschaft. Die Statuten können bestimmen, dass ein solcher bestellt werde,[1]) dann aber ist ein Aufsichtsrath von mindestens drei Personen zu wählen.[2]) Sie bilden ein Kollegium und beschliessen mit absoluter Stimmenmehrheit.

---

[34]) Dass der Vorstand dieserhalb zum Schadensersatz verpflichtet sei, ist im Ges. § 33 Abs. 1 ausdrücklich ausgesprochen. Wie aber, wenn dadurch kein Schaden entstanden, sondern Vortheil erwachsen ist, und der Vorstand im Interesse der Genossenschaft den Beschlüssen der Generalversammlung zuwider gehandelt hat? Dann kann er vielleicht erwarten, dass seine Handlungsweise von einer späteren Generalversammlung gebilligt werde, aber er muss sich auch darauf gefasst machen, dass die Generalversammlung seine Entlassung beschliesst, und wird er dann schwerlich mit seinen Entschädigungsansprüchen durchdringen. — Uebrigens verpflichtet das Ges. § 33 Abs. 1 den Vorstand nur zur Ausführung der von der Generalversammlung gültig gefassten Beschlüsse. Unterlässt der Vorstand die Ausführung, weil der Beschluss ein ungültiger ist, so kann dies seinem Entschädigungsanspruche nicht schaden, wohl aber, wenn das Vorstandsmitglied den Beschluss zwar für einen ungültigen hielt, während er in der That ein gültiger war.

[35]) v. Sicherer S. 260.

[1]) Ges. § 28 Abs. 1. — Dass das Gesetz die Wahl eines Aufsichtsraths nur fakultativ geschehen lässt, erklärt sich aus der Nachbildung des Aktienrechts, für welches damals dasselbe galt. H.G.B. Art. 225. Erst durch die Vorschrift der Novelle vom 11. Juni 1870 Art. 225 ist die Wahl eines Aufsichtsraths für Aktiengesellschaften vorgeschrieben, während sie nach dem H.G.B. Art. 175 Nr. 6 nur für Kommanditgesellschaften auf Aktien obligat war.

[2]) Parisius, Die Genossenschaftsgesetze S. 317 a. E. — Für die Minimalzahl 3 darf man sich auf die Analogie der Art. 175 Nr. 6 und auf Art. 225 berufen.

2. Der Aufsichtsrath ist in der Generalversammlung zu wählen. Nur Genossenschafter können gewählt werden. Vorstandsmitglieder dürfen nicht in den Aufsichtsrath gewählt werden.[3]) Die Eintragung der Mitglieder des Aufsichtsraths in das Genossenschaftsregister ist nicht vorgeschrieben, auch nicht üblich. Der Gesellschaftsvertrag muss aber wegen der Form der Legitimationsführung das Erforderliche bestimmen.[4])

3. Die ihm durch das Gesetz zugewiesene Thätigkeit besteht in einer fortwährenden Kontrole der Geschäftsführung in allen Zweigen der Verwaltung. „Er kann sich von dem Gange der Angelegenheiten der Genossenschaft unterrichten, die Bücher und Schriften derselben jederzeit einsehen, den Bestand der Genossenschaftskasse untersuchen und Generalversammlungen berufen. Er kann, sobald es ihm nothwendig erscheint, Vorstandsmitglieder und Beamte vorläufig, und zwar bis zur Entscheidung der demnächst zu berufenden Generalversammlung, von ihren Befugnissen entbinden und wegen einstweiliger Fortführung der Geschäfte die nöthigen Anstalten treffen.“ [5])

4. Der Abschluss von Verträgen und die Führung von Prozessen ist Sache des Vorstandes. Sofern aber die Genossenschaft mit dem Vorstande selbst Verträge abzuschliessen oder Prozesse zu führen hat, ist der Verwaltungsrath der gesetzliche Vertreter der Genossenschaft. Doch darf er diese Prozesse nur dann führen, wenn die Generalversammlung die Prozessführung beschlossen hat.[6]) Dies gilt sowohl von Prozessen gegen den zu verklagenden, als gegen den klagenden Vorstand. Denn auch in Betreff der letzteren ist es Sache freier Entschliessung der Genossenschaft, ob sie die klagend geltend gemachten Ansprüche des Vorstandes anerkennen oder bestreiten wolle. Es macht auch keinen Unterschied, ob die Klagen im ordentlichen oder in irgend einem ausserordentlichen Prozesse erhoben sind, oder ob zuerst im Mahnverfahren vorgegangen wird.

5. Beschränkungen dieser gesetzlichen Befugnisse sind, da das Gesetz keine Abweichungen zulässt, unstatthaft. Sie dürfen nicht im Statut[7]) und können um so weniger durch einen einfachen Beschluss der Generalversammlung festgesetzt werden. Ein solcher Beschluss ist ungültig.

Aber es steht nichts im Wege, die Befugnisse des Verwaltungsraths durch Statut oder Beschluss der Generalversammlung zu **erweitern**. Hier sind aber einige nothwendige Ausnahmen zu bemerken:

a. es darf dem Verwaltungsrathe nicht die Verwaltung selbst übertragen werden, denn dadurch würde er seiner gesetzlichen Aufgabe, die Verwaltung zu **überwachen**, entzogen, und die Genossenschaft würde dadurch aufhören, eine

---

[3]) Ges. § 28 Abs. 1.
[4]) Ges. § 29 Abs. 1 Satz 2.
[5]) Ges. § 28 Abs. 2 Satz 2 u. 3.
[6]) Ges. § 29 Abs. 1.
[7]) Nach Ges. § 9 Abs. 1.

kontrolirte zu sein, was sie durch die statutarische Bestimmung, dass ein Aufsichtsrath gewählt werden soll, sein muss;[8])

b. es darf ihm keine Befugniss übertragen werden, welche der Generalversammlung selbst nicht zusteht, denn der Aufsichtsrath ist nur ein Ausschuss, ein Beauftragter der Generalversammlung, ein Beauftragter aber kann nicht grössere Rechte haben, als der Auftraggeber;

c. es dürfen ihm solche Befugnisse nicht eingeräumt werden, welche gesetzlich oder nach dem Statut bloss der Generalversammlung zustehen. Dahin gehört Abänderung der Statuten, definitive Entlassung von Vorstandsmitgliedern, Auflösungsbeschluss.

6. „Wenn die Genossenschaft gegen die Mitglieder des Aufsichtsraths einen Prozess zu führen hat, so wird sie durch Bevollmächtigte vertreten, welche in der Generalversammlung gewählt werden.“ [9]) „Jeder Genossenschafter ist befugt, als Intervenient in einen solchen Prozess auf seine Kosten einzutreten.“[10]) Er intervenirt hier wegen seines eigenen Interesse, darf daher weder verlangen, dass die von ihm aufzuwendenden Prozesskosten aus der Genossenschaftskasse ihm vorgeschossen, noch dass sie ihm aus dieser Kasse ersetzt werden. Ob sie, wenn er obsiegt, vom Gegner zu ersetzen sind, ist nach den Vorschriften der Civilprozessordnung zu ermessen. [11])

---

[8]) Die Bestimmung des Statuts, dass der Verwaltungsrath selbst — ausser mit dem Vorstande — auch mit andern Personen ohne Mitwirkung des Vorstandes Rechtsgeschäfte abschliessen dürfe, sofern diese nicht auf die einstweilige Fortführung der Geschäfte gerichtet sind, ist demnach eine ungültige, und dasselbe gilt von den in Gemässheit solcher ungültiger Bestimmung abgeschlossenen Geschäften. Anders, wenn der Vorstand gemeinsam mit dem Verwaltungsrath das Geschäft abschliesst. Hierin liegt ein gültiger Vertragsabschluss durch den Vorstand, mit Zustimmung des Verwaltungsraths, welche dem Dritten bekannt gemacht ist. Wenn ferner der Vorstand ein Rechtsgeschäft mit dritten Personen abschliesst, mit Vorbehalt der Genehmigung des Aufsichtsraths, und dieser nun die Genehmigung ertheilt, so gilt das Rechtsgeschäft jetzt als ein unbedingtes. Die Ertheilung der Genehmigung ist hier die Bedingung, von deren Eintritt die Entstehung des Rechtes abhängig gemacht ist. Man kann hier nicht sagen, der Verwaltungsrath habe das Rechtsgeschäft abgeschlossen, obwohl es seine Perfektion erst durch die Ertheilung der vorbehaltenen Genehmigung erhalten hat. Dasselbe gilt, wenn das Rechtsgeschäft mit Vorbehalt der Genehmigung der Generalversammlung abgeschlossen war, und diese ertheilt ist. O.H.G. XXIII S. 279.

[9]) Ges. § 29 Abs. 2. Dasselbe gilt auch für die Kommanditgesellschaft auf Aktien. H.G.B. Art. 195 und für die Aktiengesellschaften. H.G.B. Art. 226. Der zweite Absatz des Art. 195. „Falls aus irgend einem Grunde die Bestellung von Bevollmächtigten durch Wahl in der Generalversammlung gehindert wird, kann das Handelsgericht auf Antrag die Bevollmächtigten ernennen“, ist zwar nach H.G.B. Art. 226 auch für Aktiengesellschaften anwendbar, ist aber nicht in das Genossenschaftsgesetz aufgenommen, weil man die Einmischung des Gerichts in die Genossenschaftsangelegenheiten möglichst vermeiden wollte. Doch würde es angemessen sein, in dieser Beziehung die Genossenschaften mit den Aktiengesellschaften gleich zu behandeln.

[10]) Ges. § 29 Abs. 2 Satz 2.

[11]) Nach der R.C.P.O. § 63 muss jedem Genossenschafter das Recht der Nebenintervention auch in andern Rechtsstreitigkeiten der Genossenschaft zugestanden werden.

7. Der Aufsichtsrath oder einzelne Mitglieder desselben können jederzeit, aber nur durch Beschluss der Generalversammlung, entlassen werden; es muss dies, obwohl das Gesetz hierüber Nichts sagt, nach allgemeinen Grundsätzen und nach Analogie der die Entlassung des Vorstandes betreffenden Vorschriften (Ges. § 17, Abs. 2, Satz 2) angenommen werden. Dasselbe gilt von den eventuellen Entschädigungsansprüchen aus Verträgen.

§ 152.

C. Prokuristen und andere Bevollmächtigte.

1. Dass jede Genossenschaft ausser ihrem Vorstande, dem Aufsichtsrathe und den zur Prozessführung gegen den letztern in der Generalversammlung gewählten Bevollmächtigten auch noch durch andere Vertreter ihre Geschäfte besorgen lassen darf, ist im § 30 des Genossenschaftsgesetzes ausdrücklich anerkannt. Derselbe lautet:

„Der Betrieb von Geschäften der Genossenschaft, sowie die Vertretung der Genossenschaft in Beziehung auf diese Geschäftsführung kann auch sonstigen Bevollmächtigten oder Beamten der Genossenschaft zugewiesen werden. In diesem Falle bestimmt sich die Befugniss derselben nach der ihnen ertheilten Vollmacht, sie erstreckt sich im Zweifel auf alle Rechtshandlungen, welche die Ausführung derartiger Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt."

2. Die Genossenschaften können sich zum Betriebe ihrer Geschäfte durch Handlungsbevollmächtigte, auch durch einfache Bevollmächtigte vertreten lassen. Fraglich ist es, ob auch Prokuristen mit den im Handelsgesetzbuche aufgeführten Rechten von einer Genossenschaft bestellt werden können, eine Frage, die auch in Betreff der Aktiengesellschaften aufgeworfen ist. Es ist weder im H.G.B. bei Darstellung der Rechtsverhältnisse der Aktiengesellschaften, noch im Genossenschaftsgesetze ausdrücklich von Prokuristen die Rede. Wenn man aber erwägt, dass die Bestellung von Prokuristen ein Recht der Kaufleute ist, dass unser Gesetz § 11 Abs. 3 sagt: Genossenschaften gelten als Kaufleute im Sinne des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches, soweit dieses Gesetz keine abweichenden Bestimmungen enthält; dass ferner im Gesetze Nichts vorkommt, wodurch das Recht, Prokuristen zu bestellen, aufgehoben oder irgendwie beschränkt wäre, so muss man auch dieses Recht anerkennen. [1])

3. Sie können demnach bestellen:

a. Prokuristen mit Ermächtigung zu allen Geschäften und Rechtshandlungen, welche der Betrieb irgend eines Handelsgewerbes mit sich bringt, ausgenommen die Veräusserung und Belastung von Grundstücken, welche dem Pro-

---

In den Prozessen der Gläubiger gegen den Vorstand ist der intervenirende Genossenschafter sogar als Streitgenosse zu behandeln, da das unter den Parteien ergangene Urtheil auf Grund der subsidiären Haftverbindlichkeit auch gegen ihn geltend gemacht werden kann. R.C.P.O. § 66. Dazu §§ 58—60.

[1]) Anschütz und v. Völderndorff Kommentar Bd. II S. 68. v. Sicherer S. 267. Parisius, Die Genossenschaftsgesetze S. 327. Endemann § 182 III.

kuristen nur zusteht, wenn ihm diese Befugniss besonders ertheilt ist.[2]) Der Prokurist ist auch zur Anstellung und Entlassung von Handlungsgehülfen und Bevollmächtigten berechtigt. Beschränkungen im Umfange dieser Berechtigung haben dritten Personen gegenüber keine rechtliche Wirkung.[3]) Einen Prokuristen kann er weder anstellen, noch entlassen; er kann auch keine Prozesse Namens der Genossenschaft gegen den Vorstand oder gegen den Verwaltungsrath führen, kann auch die Berechtigung der zur Prozessführung gegen den Aufsichtsrath gewählten Bevollmächtigten weder beschränken, noch aufheben.

Seine Anstellung sowohl, als auch seine Entlassung ist vom gesammten Vorstande zur Eintragung in das Genossenschaftsregister persönlich oder in beglaubigter Form schriftlich anzumelden. Der Prokurist hat vor dem Registergerichte (jetzt Amtsgerichte) seine Namensunterschrift persönlich zu zeichnen oder dieselbe in beglaubigter Form einzureichen. Das Erlöschen der Prokura ist in gleicher Weise vom gesammten Vorstande anzumelden.

Die Betheiligten sind vom Registergerichte zur Befolgung dieser Vorschriften von Amtswegen durch Ordnungsstrafen anzuhalten. Zwar ist dieses im § 66 unseres Gesetzes nicht ausgesprochen, was sich daraus erklärt, dass das Gesetz von Prokuristen gar nicht spricht; es ist aber nach dem Geiste des Gesetzes anzunehmen, welches zwar die wirthschaftlichen Genossenschaften nicht zwingen will, sich in die Register eintragen zu lassen, aber wenn sie eingetragen sind, darauf dringt, dass die ganze Organisation der Genossenschaft jederzeit aus den Registern sich ersehen lasse.

Die Ertheilung und das Erlöschen der Prokura ist vom Registergerichte bekannt zu machen.

b. Handlungsbevollmächtigte, deren Vertretungsbefugniss in erster Linie sich nach der ertheilten Vollmacht richtet, im Zweifel aber sich auf alle Rechtshandlungen erstreckt, welche die Ausführung derartiger Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt.[4]) Die Beschränkung, welche das H.G.B. Art. 47, Abs. 2 hinzufügt:

> „Jedoch ist der Handlungsbevollmächtigte zum Eingehen von Wechselverbindlichkeiten, zur Aufnahme von Darlehen und zur Prozessführung nur ermächtigt, wenn ihm eine solche Befugniss besonders ertheilt ist.“

ist auch für die Handlungsbevollmächligten der Genossenschaften anzuerkennen, da kein Grund vorliegt, die analogische Anwendung hier auszuschliessen. Dass sie ohne besondere Ermächtigung nicht befugt sind, Grundstücke zu veräussern oder zu belasten, ist selbstverständlich, da diese Beschränkung für Prokuristen gilt, deren Vertretungsrecht offenbar ein umfassenderes ist, als das der Handlungsbevollmächtigten;

c. einfache Bevollmächtigte. Der Umfang ihrer Befugnisse bestimmt sich in erster Linie nach der ertheilten Vollmacht, und ist im Zweifel auf solche

---

[2]) H.G.B. Art. 42.

[3]) H.G.B. Art. 43.

[4]) Ges. § 30. H.G.B. Art. 47, 234.

Rechtshandlungen beschränkt, welche die Ausführung der diesen Bevollmächtigten übertragenen Geschäfte mit sich bringt.

Die Ertheilung der Vollmacht an die Handlungs- und andere Bevollmächtigte, und die Erlöschung ihrer Vollmacht ist nicht zur Eintragung in das Genossenschaftsregister anzumelden, wird auch nicht bekannt gemacht, wenigstens nicht vom Gerichte. Wer mit solchen Bevollmächtigten Rechtsgeschäfte abschliessen will, muss sich nach der Existenz und dem Umfange der Vollmacht erkundigen.

§ 153.

D. Die Zweigniederlassung.

I. Der § 7 des Genossenschaftsgesetzes — wörtlich übereinstimmend mit dem § 7 des preussischen Gesetzes vom 27. März 1867 — ertheilt den Genossenschaften das Recht, Zweigniederlassungen zu errichten, begnügt sich aber, wie dies auch das Handelsgesetzbuch gethan hatte,[1]) die obligaten Eintragungen in das Register zu normiren, während hier wie dort die gesetzlichen Merkmale der Zweigniederlassung, namentlich die Unterscheidungsmerkmale zwischen diesen und den blossen Hülfsetablissements nicht angegeben sind. Die Wissenschaft und die Rechtsprechung hat sich mit dieser Frage in Betreff der Zweigniederlassungen des Handelsgesetzbuches vielfach beschäftigt,[2]) auch fehlt es nicht an Erörterungen über die Zweigniederlassungen der Genossenschaften.[3]) — v. Sicherer gibt darüber folgende Darstellung: „Der handelsrechtliche Begriff der Zweigniederlassung erleidet in seiner Anwendung auf die eingetragenen Genossenschaften eine selbstverstsändliche Aenderung. Es ist weder erforderlich, dass die Hauptniederlassung, noch dass die Zweigniederlassung Handel im Sinne des Handelsgesetzbuches, d. i. Grundhandelsgeschäfte der Art. 271, 272 betreibe, während allerdings die von beiden abgeschlossenen Geschäfte nach § 11 Abs. 3, dieses Gesetzes und Art. 273 des H.G.B. als abgeleitete Handelsgeschäfte sich darstellen. Alle übrigen Merkmale des Begriffes bleiben bestehen. Es wird demnach insbesondere erfordert,

1. dass zwei Niederlassungen, d. h. zwei örtliche Mittelpunkte für den Geschäftsbetrieb der Genossenschaft vorhanden seien. Es wird ferner erfordert

2. Identität des Inhabers beider Niederlassungen, somit Eine Genossenschaft, welche von zwei Mittelpunkten aus Geschäfte betreibt. Diesem Erfordernisse

---

[1]) H.G.B. Art. 21, 86, 152, 179, 212.

[2]) Agricola, Die Zweigniederlassung, in Siebenhaar's Archiv für Wechsel- und Handelsrecht Bd. 12 S. 279—322. Anschütz und v. Völderndorff Kommentar Bd. 1 S. 173 u. f. v. Hahn Kommentar 3. Aufl. Bd. 1 S. 104—108 (zu Art. 21.) Makower Kommentar Anm. 16 zu Art. 21 des H.G.B. R.O.H.G. XIV S. 402, XVII S. 315.

[3]) Parisius, das preussische Gesetz Note 14 S. 36—39. Parisius, die Genossenschaftsgesetze S. 233—238. v. Sicherer S. 197—201. Eine Prüfung der rechtlichen Natur der einzelnen vorhandenen Etablissements gibt Schneider in den Genossenschaftsblättern von 1871 Nr. 7, 8, 15, 16, 22, 23, 24, 49, 51, 52.

wird nur dann entsprochen, wenn die Vereinsmitglieder am Orte oder im Geschäftsbezirke der Zweigniederlassung und die Vereinsmitglieder am Orte oder im Geschäftsbezirke der Hauptniederlassung durchweg die gleiche Haftung für alle Verbindlichkeiten sowohl für jene der Hauptniederlassung, als auch für jene der Zweigniederlassung übernehmen. Wollten die Mitglieder eines sg. Zweigvereines nur für die von dem Zweigvereine eingegangenen Verbindlichkeiten, ebenso die Mitglieder des Hauptvereines nur für die von dem Hauptvereine eingegangenen Verbindlichkeiten einstehen, so würden die beiden Vereine als zwei selbständige Genossenschaften zu behandeln sein.[4]) Es wird ferner erfordert:

3. dass bei der Zweigniederlassung geradeso wie bei der Hauptniederlassung ein Geschäftsbetrieb, d. h. Abschluss von Rechtsgeschäften stattfindet. Eine

---

[4]) Es ist noch hinzugefügt: „Ebenso werden die Mitglieder an beiden Orten ohne Unterschied an dem Gewinne und Verluste des Gesammtgeschäftes Theil zu nehmen haben, wenn auch die Berechnung von Gewinn und Verlust der Uebersicht halber gesondert für jedes der beiden Geschäfte erfolgen mag." — Citirt wird hierbei Parisius, Das preussische Gesetz, Note 44 a. E. Derselbe berichtet aber in seinen Genossenschaftsgesetzen S. 235: „Da eine Zeitlang unter grösseren Vorschussvereinen die Neigung zur Gründung von Zweigniederlassungen vielfach hervortrat, so stellte Schulze-Delitzsch für dieselben gewisse Grundsätze auf, die auf dem Vereinstage zu Breslau am 19. August 1872 zur Berathung kamen und angenommen wurden." Unter diesen Grundsätzen findet sich auch folgender: „Unbeschadet der gesetzlich feststehenden Einheit und Untrennbarkeit des Hauptvereins und der Zweigvereine nach Aussen, wenn es sich um die gemeinsame Haftpflicht gegen dritte Personen aus den von jedem einzelnen der zugehörigen Vereine legal abgeschlossenen Geschäften handelt, ist innerhalb des Kreises der Vereine, in ihrem Verhältniss unter einander eine Theilung der Geschäfte und des Risiko einzuführen, vermöge deren jeder Verein für Verluste bei den ihm separat überlassenen Operationen den übrigen gegenüber zunächst aus seinen Mitteln aufkommen muss, wogegen er aber auch den dabei erzielten Gewinn für sich behält." — Dazu macht Parisius S. 236 Abs. 2 die Bemerkung: „Die Grundsätze, welche der allgemeine Vereinstag über Zweigniederlassungen der Vorschussvereine aufgestellt hat, weichen danach in Ansehung der Gewinn- und Verlustvertheilung von Demjenigen ab, was ich in meinem Kommentar für das preussische Genossenschaftsgesetz als allgemeine Regel auszuprechen für nöthig befunden hatte: „Bei Zweigniederlassungen von Genossenschaften sind die Mitglieder am Orte oder im Geschäftsbezirk der Zweigniederlassung wirkliche gleichberechtigte Mitglieder der ganzen Genossenschaft; der Gewinn und Verlust der Zweigniederlassung wird der Uebersicht halber besonders berechnet werden müssen; vertheilt aber wird er nicht gesondert, sondern mit dem Gewinn und Verlust des Gesammtgeschäfts." — Indem Parisius gegen den auf Schulze-Delitzsch's Vorschlag gefassten Beschluss des allgemeinen Vereinstages nicht polemisirt, erkennt er damit an, dass in den Statuten die genannte Bestimmung über Gewinn- und Verlustvertheilung getroffen werden dürfe, und dies mit vollem Rechte, denn der § 9 Abs. 2 unseres Gesetzes sagt ausdrücklich: „In Ermangelung einer anderen Bestimmung des Gesellschaftsvertrages wird der Gewinn unter die Genossenschafter nach Höhe von deren Geschäftsantheilen vertheilt, ebenso der Verlust, soweit diese Antheile zusammen zu dessen Deckung ausreichen, wogegen ein nach Erschöpfung des Genossenschaftsvermögens noch zu deckender Rest gleichmässig nach Köpfen von sämmtlichen Genossenschaftern aufgebracht wird." — Der Gesellschaftsvertrag — dasselbe gilt von Aenderungen desselben — kann also eine andere Gewinn- und Verlustvertheilung festsetzen; der Karakter des Zweigvereins wird dadurch nicht berührt.

Zweigniederlassung wird demnach nicht anzunehmen sein, wenn beispielsweise eine Produktivgenossenschaft an einem Orte lediglich Räumlichkeiten für die Fabrikation, Lagerplätze für Vorräthe an Rohstoffen, Betriebsmaterial u. s. w. hat, während der Abschluss von Rechtsgeschäften, der Einkauf der Rohstoffe, der Verkauf der erzeugten Waaren ausschliesslich an einem anderen Orte vorgenommen wird. Es ist endlich

4. nothwendig, dass der Abschluss von Rechtsgeschäften von der Zweigniederlassung aus im Verhältniss zu Dritten selbständig bewirkt werde, es genügt nicht, wenn der Abschluss von der Zweigniederlassung lediglich vorbereitet, vermittelt wird. Eine Zweigniederlassung wird demnach nicht anzunehmen sein, wenn die Filiale eines Vorschussvereines die eingehenden Darlehnsgesuche nicht zu bewilligen, sondern nur bei dem Hauptverein zur Bewilligung zu begutachten hat, wohl aber dann, wenn die Filiale die Aufnahme wie das Ausleihen von Geldern selbständig zu bewirken ermächtigt ist. Ersteres ist z. B. bei den Filialen des Bonner Kreditvereins, letzteres bei den Zweigkassen des Vorschussvereins zu Luckau der Fall.

Dass die Zweigniederlassung die gleiche Firma wie die Hauptniederlassung zu führen habe, ergibt sich aus dem Begriffe der Zweigniederlassung, wie aus dem Wortlaute dieses Paragraphen."

II. Sind diese Voraussetzungen vorhanden, so ist die Zweigniederlassung **verpflichtet**, sich eintragen zu lassen. Dass aber das Amtsgericht, in dessen Bezirk dieselbe sich befindet, die Erfüllung dieser Pflicht durch Strafandrohungen zu erzwingen habe, ist im Gesetze nicht vorgeschrieben. Wird die Eintragung unterlassen, so kommt der § 5 des Gesetzes zur Anwendung, auf welchen der § 7 auch verweist:

„Vor erfolgter Eintragung in das Genossenschaftsregister hat die Genossenschaft die Rechte einer eingetragenen Genossenschaft nicht."

III. Handelt es sich nicht um die Frage von der Eintragspflicht, sondern von dem Eintragsrecht, so braucht nicht nachgewiesen zu werden, dass der Geschäftsbetrieb der Zweigniederlassung ein selbständiger sei, die Genossenschaft kann denselben nach ihrem Belieben organisiren, es braucht auch nicht nachgewiesen zu werden, dass Genossenschafter speziell der Zweigniederlassung angehören.

IV. Der § 7 schreibt vor, dass behufs Eintragung der Zweigniederlassung in das Genossenschaftsregister Alles beobachtet werden müsse, was die §§ 4 u. 6 für das Hauptgeschäft vorschreiben. Nach § 4 ist aber erforderlich, dass der Gesellschaftsvertrag nebst dem Mitgliederverzeichnisse durch den Vorstand eingereicht werde. Der vom Amtsgerichte zu veröffentlichende Auszug muss enthalten:

1. das Datum des Gesellschaftsvertrags;
2. die Firma und den Sitz der Genossenschaft;
3. den Gegenstand des Unternehmens;
4. die Zeitdauer der Genossenschaft, im Falle dieselbe auf eine bestimmte Zeit beschränkt sein soll;
5. die Namen und den Wohnort der zeitigen Vorstandsmitglieder;

6. die Form, in welcher die von der Genossenschaft ausgehenden Bekanntmachungen erfolgen, sowie die öffentlichen Blätter, in welche dieselben aufzunehmen sind.

V. Jede Zweigniederlassung muss einen Vorstand haben. Der Vorstand des Hauptgeschäfts kann zugleich Vorstand der Zweigniederlassung sein, da weder das Gegentheil vorgeschrieben, noch bestimmt ist, dass der Vorstand am Sitze der betreffenden Niederlassung wohnen müsse.

VI. Besteht eine eingetragene Zweigniederlassung, so müssen alle vorgeschriebenen Anmeldungen nicht bloss bei dem Registergerichte der Hauptniederlassung, sondern auch bei dem der Zweigniederlassung erfolgen. Diese Anmeldungen können durch Strafandrohung erzwungen werden. Die Unterlassung der Anmeldung und der erforderlichen Veröffentlichung bewirkt, dass Personen, welche mit der eingetragenen Zweigniederlassung geschäftlich verkehren, diejenigen Thatsachen, welche vom Registergerichte der letztern nicht veröffentlicht werden, auch nicht zu kennen brauchen, und dass sie ihnen gegenüber nur geltend gemacht werden können, wenn nachgewiesen wird, dass sie sie dennoch gekannt haben.

VII. Die Genossenschaft bildet mit allen ihren eingetragenen Zweigniederlassungen nach aussen hin eine einzige Rechtspersönlichkeit. Der für dieselben gewählte Vorstand vertritt nach aussen hin nicht bloss die Haupt-, sondern auch die Nebengenossenschaften. Seine Beschränkung auf die Geschäfte der ersteren ist nach aussen hin ungültig. Dasselbe muss nun wegen der Identität der Persönlichkeit der Haupt- und der Zweiggenossenschaften auch von dem Spezialvorstande der letzteren gelten. Dass seine Thätigkeit örtlich begrenzt, auch in anderer Beziehung beschränkt worden, ist nur für das innere Verhältniss von Bedeutung.

VIII. In manchen Beziehungen hat aber die eingetragene Zweigniederlassung auch eine **besondere** Persönlichkeit. Sie hat die Fähigkeit, als klagende und verklagte Partei vor Gericht aufzutreten, sie hat ein eigenes Domizil, einen eigenen allgemeinen Gerichtsstand, sie kann für sich Rechte aller Art erwerben, auch Eigenthum und andere dingliche Rechte an Grundstücken. Sie kann Rechte und Verpflichtungen auch der Hauptgenossenschaft gegenüber durch Verträge begründen. Es steht Nichts entgegen, dass im Statut oder in besonderen Verträgen bestimmt werde, dass der Gewinn und Verlust der Zweigniederlassung von den dieser angehörenden Genossenschaftern ausschliesslich getragen werden.[5]) Ist dieses geschehen, und steht dann die Hauptgenossenschaft mit ihren Filialen in geschäftlicher Verbindung, so kann sogar zwischen ersterer und letzteren vor Gericht prozedirt werden. Es steht dann auch Nichts entgegen, dass die Zweiggenossenschaft besondere Generalversammlungen, worin nur ihre eigenen Mitglieder stimmberechtigt sind, abhält, und in dieser Beschlüsse über ihre eigenen Angelegenheiten fasst. Es muss dies aber statutenmässig bestimmt werden, da sonst jeder Genossenschafter stimmberechtigt ist.

---

[5]) S. vorige Note.

IX. Den Gläubigern muss wegen der ihnen gegenüber anzuerkennenden Identität des Rechtssubjekts zugestanden werden

a. die Genossenschaft in ihrem allgemeinen Gerichtsstande zu verklagen, auch aus Geschäften mit der Zweigniederlassung;

b. dieselbe auch bei dem Gerichte zu verklagen, in welchem die Zweigniederlassung ihren Sitz hat,[6] möge diese eingetragen sein oder nicht, aus Geschäften mit letzterer;

c. die eingetragene Zweigniederlassung bei dem Gerichte, in dessen Bezirk sie ihren Sitz hat, zu verklagen.

X. Ein besonderer Konkurs über das Vermögen der eingetragenen Zweigniederlassung ist nur dann zu eröffnen, wenn die Genossenschaft im deutschen Reiche keinen allgemeinen Gerichtsstand hat.[7]

§ 154.

E. Die Hülfsstationen.

1. Wie jeder Kaufmann und jede Handelsgesellschaft Agenturen errichten kann, so muss solches auch den eingetragenen Genossenschaften, da diese die Rechte der Kaufleute haben, zugestanden werden. Der bestellte Agent ist ein gewöhnlicher Bevollmächtigter, dessen Befugnisse nach dem Inhalt der ihm ertheilten Vollmacht zu bemessen sind. Es können z. B. Konsumvereine Agenten zum Einkaufen, auch zum Verkaufen an beliebigen Orten bestellen.

2. Es können auch mancherlei Fabrikationen ausserhalb des Sitzes der Genossenschaft von dieser unternommen werden. Diese nennt man Hülfsetablissements. Den zur Leitung derselben bestellten Vertretern kann auch der Abschluss einzelner Arten von Rechtsgeschäften überlassen werden. So kann z. B. dem Leiter einer Mehlfabrikation der Auftrag ertheilt werden, Roggen oder Weizen einzukaufen, auch Pferde, welche zum Mehltransport nöthig sind, einzukaufen, Verträge mit den Mühlenarbeitern und Pferdeknechten abzuschliessen. Aehnliches kann dem Leiter einer Bäckerei aufgetragen werden, er kann aber auch mit dem Backen allein beauftragt werden.

3. Alle solche Hülfsstationen und Hülfsetablissements haben keine ideale Rechtspersönlichkeit, es liegt hier nichts vor, als ein Geschäftsbetrieb der Genossenschaft durch gewöhnliche Bevollmächtigte. Eine Eintragung derselben in die Genossenschaftsregister findet nicht statt. Sofern indess von solchen Zentren aus selbständig Geschäfte mit dritten Personen abgeschlossen werden, können diese aus solchen Geschäften Klagen gegen die Genossenschaft bei demjenigen Gerichte anstellen, in dessen Bezirk das Etablissement sich findet.[1]

4. Der nicht eingetragene Zweigverein hat nur den Karakter einer Hülfsstation.

---

[6] Civilprozessordnung § 22.

[7] Konkursordnung § 208.

[1] Civilprozessordnung § 22.

§ 155.

F. Die Generalversammlung.

I. Zur Gültigkeit der Beschlüsse der Generalversammlung ist zunächst erforderlich, dass sie durch die dazu berechtigten Personen berufen ist. Das Recht dieser Berufung steht zu:

1. dem Vorstande, und zwar nicht bloss während der Dauer der Genossenschaft, sondern auch, nachdem sie ihre Auflösung und Liquidation beschlossen hat;[1]) der vorläufig vom Aufsichtsrathe entlassene Vorstand ist **nicht** berechtigt, eine Generalversammlung zu berufen, wohl aber die von jenem interimistisch ernannten Stellvertreter eines oder mehrerer Vorstandsmitglieder;

2. dem Aufsichtsrathe;[2])

3. den Liquidatoren.[3])

Andere Personen haben dieses Recht nur, wenn es ihnen im Statut besonders beigelegt ist.

II. Ein zweites Erforderniss der Gültigkeit ist, dass die Berufung der Generalversammlung in der durch den Gesellschaftsvertrag bestimmten Weise erfolgt[4]) und dass der Zweck der Versammlung bei der Berufung bekannt gemacht ist.[5]) Ist hiergegen gefehlt, so können gültige Beschlüsse nicht gefasst werden. Ist nur der Zweck der Versammlung nicht angegeben, so ist zwar auch die Beschlussfassung über nicht angekündigte Gegenstände ungültig, jedoch sind die Beschlüsse über Leitung der Versammlung, sowie über Anträge auf Berufung einer ausserordentlichen Generalversammlung von dieser Ungültigkeit ausgenommen.[6]) Auch können, ohne vorherige Ankündigung der zu berathenden Gegenstände, darauf gerichtete Anträge, und eine Verhandlung über dieselbe zugelassen werden, nur die Beschlussfassung ist ungültig.[7])

III. Eine Generalversammlung muss zunächst

1. als **ordentliche** alljährlich berufen werden, damit der Vorstand oder der Aufsichtsrath Bericht erstatte über die Geschäftsergebnisse des verflossenen Jahres, und damit auf Grund der aufgestellten Bilanz Beschluss gefasst werde über die zu vertheilenden Ueberschüsse — Dividenden — oder über die Deckung eingetretener Verluste.[8]) — Das Jahr ist als die übliche Geschäftsperiode ange-

---

[1]) Es kann namentlich eine Generalversammlung vom Vorstande berufen werden, um darüber zu berathen, ob die Liquidatoren ermächtigt werden sollen, unbewegliche Sachen der Genossenschaft ohne öffentliche Versteigerung zu verkaufen. Ges. § 43 Abs. 2. Vgl. auch Ges. § 36 Abs. 2, wonach mit der Bekanntmachung der Auflösung die Gläubiger aufgefordert werden sollen, sich bei dem Vorstande der Genossenschaft zu melden.

[2]) Ges. § 28 Abs. 2 und 4.

[3]) Ges. § 48.

[4]) Ges. § 32 Abs. 1.

[5]) Ges. § 32 Abs. 2 Satz 1.

[6]) Ges. § 32 Abs. 2 Satz 2.

[7]) Ges. § 32 Abs. 3.

[8]) Dieser Rechtssatz ist nicht ausdrücklich im Gesetze ausgesprochen, wird aber im § 28 Abs. 3 als selbstverständlicher vorausgesetzt. Nur dem Aufsichtsrath

nommen. Wenn aber nach den Statuten nicht das Jahr, sondern das Vierteljahr oder Halbjahr als wirthschaftliche Einheit aufgestellt ist, so gilt das vorhin Gesagte von dieser verkürzten Geschäftsperiode.

2. Sie muss ferner berufen werden, wenn der Aufsichtsrath den Vorstand oder einzelne Mitglieder desselben von ihren Funktionen einstweilen entbunden hat. Das Gesetz § 28 Abs. 2 Satz 2 spricht hier von einer „demnächst" zu berufenden Generalversammlung. Damit ist nicht gesagt, dass diese Versammlung **sofort** nach Eintritt jener Massregel berufen werden müsse; der Aufsichtsrath wird vielmehr gut thun, erst nach Vornahme einer gründlichen Revision der ganzen Geschäftsverwaltung der suspendirten Vorstandsmitglieder die Angelegenheit zur definitiven Beschlussnahme der Generalversammlung vorzulegen.

3. Sie muss ferner in allen Fällen berufen werden, in welchen das Statut die Berufung vorgeschrieben hat;

4. ferner, wenn wenigstens der zehnte Theil der Genossenschafter in einer von ihnen unterzeichneten Eingabe dieses bei dem Vorstande beantragt hat [9]). Diese Eingabe muss den Gegenstand bezeichnen, über welchen verhandelt und beschlossen werden soll, und hat dann der Vorstand zu prüfen, ob die Erörterung solcher Anträge gestattet werden dürfe. [10])

5. Ausserdem haben Vorstand sowohl, als auch Aufsichtsrath eine Generalversammlung zu berufen, wenn dies im Interesse der Genossenschaft erforderlich ist. [11])

6. Endlich müssen die Liquidatoren eine Generalversammlung berufen, wenn sich aus der bei Beginn der Liquidation von ihnen aufgestellten oder aus einer späteren Bilanz ergibt, dass das Vermögen der Genossenschaft — einschliesslich des Reservefonds und der Geschäftsantheile der Genossenschafter — zur Deckung der Schulden der Genossenschaft nicht hinreicht [12]).

IV. In der Generalversammlung hat jeder Genossenschafter eine Stimme, wenn nicht der Gesellschaftsvertrag ein Anderes festsetzt. [13]) Es kann sein, dass die Statuten nur denjenigen Genossenschaftern ein Stimmrecht gewähren,

---

ist die Pflicht aufgelegt, die Jahresrechnungen, die Bilanzen und die Vorschläge zur Gewinnvertheilung zu prüfen und darüber alljährlich der Generalversammlung Bericht zu erstatten. Dass nun, wenn ein Aufsichtsrath nicht gewählt ist, der Vorstand alljährlich dasselbe zu thun habe, muss als selbstverständlich betrachtet werden.

[9]) Ges. § 31 Abs. 3. Statt des zehnten Theils kann das Statut einen grösseren oder geringeren Theil feststellen. Der Ausdruck des Gesetzes: „Ist in dem Gesellschaftsvertrage das Recht der Berufung einer Generalversammlung einem grösseren oder geringeren Theile der Genossenschafter beigelegt, so hat es hierbei sein Bewenden", ist ein irriger; es sollte nur gesagt werden: Ist in dem Gesellschaftsvertrage das Recht, die Berufung einer Generalversammlung bei dem Vorstande schriftlich zu beantragen, einem grösseren oder geringeren Theile der Genossenschafter beigelegt, so hat es hierbei sein Bewenden.

[10]) Ges. § 27 Abs. 2.

[11]) Ges. § 28 Abs. 4 — § 31 Abs. 2.

[12]) Ges. § 48.

[13]) Ges. § 10 Abs. 2.

welche ihren Geschäftsantheil vollständig eingezahlt haben; es kann auch sein, dass denjenigen, welche mehrere Geschäftsantheile eingezahlt haben, mehr als eine Stimme beigelegt wird. Man kann die Zweckmässigkeit solcher Bestimmungen bestreiten, da die Solidarhaft für Alle dieselbe ist, aber ihre Gültigkeit ist unzweifelhaft. Es kann auch für die Generalversammlung eines Zweigvereins bestimmt werden, dass nur die derselben angehörenden Genossen in derselben stimmberechtigt seien.

V. Es ist nicht nöthig, dass eine bestimmte Anzahl von Genossenschaftern sich in der Versammlung einfindet, um einen gültigen Beschluss zu fassen, und es genügt zu gültiger Beschlussfassung die absolute Mehrheit der Stimmen. Das Gesetz § 3 Nr. 10 sagt: Der Genossenschaftsvertrag muss die Gegenstände enthalten, über welche nicht schon durch einfache Stimmenmehrheit der auf Zusammenberufung erschienenen Genossenschafter, sondern nur durch eine grössere Stimmenmehrheit oder nach anderen Erfordernissen Beschluss gefasst werden kann.

VI. Das durch Mehrheit in einer gesetzlich berufenen Generalversammlung Beschlossene gilt als Beschluss der Genossenschaft, hat aber weder die Kraft eines Gesetzes, noch eines Richterspruchs, noch verpflichtet es die Genossenschafter oder dritte Personen zu irgend welchen Handlungen:

1. Der Beschluss hat nicht die Kraft und die Bedeutung eines Gesetzes. Das gilt sowohl von dem ursprünglichen Statut, als auch von späteren Abänderungen des Gesellschaftsvertrages;[14]) beide normiren nur die inneren Angelegenheiten der Genossenschaft. Dies kann freilich für dritte Personen von Wichtigkeit werden, welche mit Vertretern der Genossenschaft Rechtsgeschäfte abschliessen. Denn wie der Dritte, wenn er mit dem Vertreter eines Kaufmanns Rechtsgeschäfte eingehen will, sich zu erkundigen hat, ob und in welchem Umfange ein Vertretungsrecht vorliegt, so ist dasselbe auch nothwendig, wenn dieser Dritte mit dem Vertreter einer Genossenschaft kontrahiren will.[15])

Wie aber ein Kaufmann, nachdem er sein Handelsetablissement geordnet hat, an die von ihm hergestellte Ordnung nicht dauernd gebunden ist, vielmehr sie durch seinen Entschluss abändern kann, so muss eine solche Abänderung auch der Genossenschaft zustehen.

Die Berechtigung zur Abänderung des Statuts **durch Genossenschafts-Beschluss** ist im § 6 Abs. 1 des Gesetzes anerkannt:

> „Jede Abänderung des Gesellschaftsvertrages muss schriftlich erfolgen und dem Handelsgerichte unter Ueberreichung zweier Abschriften des Genossenschafts-Beschlusses angemeldet werden.“ [16])

---

[14]) Dies ist prozessualisch von Wichtigkeit. Wenn irgend eine Bestimmung des Genossenschaftsgesetzes oder eines andern die Genossenschaften betreffenden Reichsgesetzes verletzt, d. h. wenn eine darin enthaltene Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewandt ist (C.P.O. § 512) so ist das Rechtsmittel der Revision gestattet (C.P.O. §§ 507—529), nicht aber, wenn eine Bestimmung des Gesellschaftsvertrags nicht oder nicht richtig angewandt ist.

[15]) Darum sind die Art. 25 und 46 des H.G.B. auch hier maassgebend. Unser Gesetz verweist auf Art. 25 im § 42, auf Art. 46 in dem § 23 Abs. 3 und im § 42.

[16]) Das Original des Beschlusses steht im Protokollbuche. Die zu überreichenden Abschriften sind einfache, d. h. sie bedürfen keiner gerichtlichen oder notariellen Be-

Zu diesem Genossenschafts-Beschluss genügt einfache Stimmenmehrheit der auf Zusammenberufung erschienenen Genossenschafter,[17] sofern nicht das ursprüngliche oder ein späteres Statut grössere Erfordernisse zur Gültigkeit eines Abänderungsbeschlusses festgestellt hat.[18]

Die entgegengesetzte Ansicht wird besonders von v. Sicherer S. 191—195 vertheidigt. Derselbe nimmt an, dass auch bei Aktiengesellschaften eine Statutenänderung durch Beschluss der Generalversammlung nicht erfolgen könne, wenn nicht die Statuten eine solche Bestimmung enthalten, und deduzirt dasselbe für die Genossenschaften, indem das Gesetz sich den betreffenden Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs angeschlossen habe, der § 6 unseres Gesetzes sei dem Art. 214, der § 3 Nr. 10 dem Art. 209 Nr. 10, der § 34 dem Art. 242 nachgebildet. — Dagegen ist indess zu bemerken: 1. dass hier ein Genossenschaftsbeschluss ausdrücklich für genügend anerkannt ist (§ 6), nicht eine Zustimmung aller Genossenschafter erfordert ist; 2. dass die für Aktiengesellschaften im Art. 215 aufgestellte Beschränkung nicht in das Genossenschaftsgesetz aufgenommen ist; 3. dass die Ansicht, alle Genossenschafter müssten ihre Einwilligung erklären, bei Genossenschaften mit grosser Mitgliederzahl dahin führen würde, dass die Statuten meistens gar nicht abgeändert werden könnten, womit die Genossenschaften aufhören würden, freie Vereine zu sein, denn ein freier Verein ist nur ein solcher, der aus dem freien Entschlusse seiner einzelnen Mitglieder hervorgegangen ist, und der ihnen auch fortwährend die Möglichkeit darbietet, seine Einrichtungen ihrem Bedürfnisse gemäss umzugestalten.[19] Die Vertragsnatur des Gesellschaftsvertrages steht nicht entgegen, denn indem die Genossenschafter vertragsmässig zu dem Vereine zusammentreten, unterwerfen sie sich zugleich dem Genossenschaftsgesetze, welches eine Statutenänderung durch Beschluss der Genossenschaft gestattet, worunter nichts Anderes als ein in der Generalversammlung gefasster Beschluss verstanden werden darf.

---

glaubigung. Das Gesetz sagt nicht, weshalb zwei Abschriften überreicht werden sollen. Da zur Aufbewahrung bei den gerichtlichen Akten jedenfalls eine Abschrift genügt, so wird das Gericht die zweite Abschrift mit dem gerichtlichen Attest, dass eine gleichlautende Abschrift überreicht und ihr Inhalt in das Genossenschaftsregister eingetragen ist, dem Vorstande zurückzugeben haben. Das Gesetz bestimmt ferner im § 6 Abs. 2: „Mit dem Abänderungsbeschlusse wird in gleicher Weise wie mit dem ursprünglichen Vertrage verfahren. Eine Veröffentlichung desselben findet nur insoweit statt, als sich dadurch die in den früheren Bekanntmachungen enthaltenen Punkte ändern." — Sodann im Abs. 3: „Der Beschluss hat keine rechtliche Wirkung, bevor derselbe bei dem Handelsgericht, in dessen Bezirk die Genossenschaft ihren Sitz hat, in das Genossenschaftsregister eingetragen worden ist."

[17] Ges. § 3 Nr. 10.

[18] Anschütz und v. Völderndorff, Kommentar Bd. 2, S. 489—494.

[19] Für diese Ansicht und gegen v. Sicherer erklärt sich auch Endemann § 185 I. B. 1. — Man darf sich wohl schon auf Gewohnheitsrecht berufen, da, wie aus jedem Bande der Blätter für Genossenschaften sich ergibt, fortwährend Statutenänderungen vorgenommen sind, sobald sich ein Bedürfniss derselben ergab, ohne dass eine Mitwirkung aller Genossenschafter stattgefunden hat. Ob dies in den Statuten gestattet war, darüber fehlt es freilich an Mittheilungen.

2. Der Beschluss hat nicht die Kraft eines Richterspruchs. Der Beschluss eines Kaufmanns ist kein Richterspruch. Das muss dann auch von dem Beschlusse der Generalversammlung gelten. Wohl kann der Kaufmann, wenn er z. B. seine Vertreter und Handlungsgehülfen zum Ersatz eines zugefügten Schadens verpflichtet erachtet, sie zunächst zur Verantwortung ziehen und nach vorgenommener Prüfung aussprechen, dass sie ersatzpflichtig seien, aber es braucht sich der betreffende Vertreter oder Handlungsgehülfe diesem Ausspruche nicht zu fügen, der Kaufmann muss, wenn er den beanspruchten Ersatz verlangt, diesen klagend fordern, und dann entscheidet das Gericht über den erhobenen Anspruch. Gerade so steht es mit dem Beschluss der Generalversammlung, nach welchem der Vorstand, der Aufsichtsrath oder irgend ein anderer Genossenschafter zum Ersatz irgend einer Summe für verpflichtet erklärt wird. Das ist nichts wie ein einseitig erklärter Wille der Genossenschaft. Wollen jene Personen diesem Ansinnen keine Folge leisten, so mag die Genossenschaft klagen. Beschliesst sie dann einen Prozess gegen den Vorstand, so ist der Aufsichtsrath zur Prozessführung ermächtigt;[20]) beschliesst sie einen Prozess gegen den Aufsichtsrath, so wird sie durch Bevollmächtigte vertreten, die in der Generalversammlung gewählt werden;[21]) handelt es sich um Leistungen anderer Personen, so hat der Vorstand diese im Prozesswege zu verfolgen, wenn nicht andere Personen dazu von der Genossenschaft ermächtigt sind[22]). Ein anderes Beispiel: Die Generalversammlung hat den Ausschluss eines Mitgliedes beschlossen oder, wenn der Ausschluss durch den Vorstand verfügt war, auf Anrufen des sich dadurch beschwert fühlenden Mitgliedes den Ausschluss bestätigt, d. h. sie hat ausgesprochen, dass ein gesetzlicher oder statutenmässiger Grund der Ausschliessung vorliege. Dies ist kein Richterspruch, sondern nur eine einseitige Willenserklärung; Nichts steht dem ausgeschlossenen Mitgliede entgegen, sich jetzt an das Gericht zu wenden, um die Fortdauer seiner Mitgliedschaft durch Richterspruch feststellen zu lassen[23]).

3. Dritte Personen, auch Genossenschafter, werden durch einen Beschluss der Generalversammlung nicht zu einer Handlung oder Leistung verpflichtet.

---

[20]) Ges. § 29 Abs. 1.

[21]) Ges. § 29 Abs. 2.

[22]) Ges. § 30.

[23]) O.H.G. XXII S. 103. Der Rechtsweg gegen den Ausschluss wird hier anerkannt, es ist dabei gesagt, der Rechtsweg gegen den Ausschluss stehe nicht ohne Weiteres frei, wenn die Statuten besondere Vorschriften wegen solcher Anfechtungen enthalten; ferner O.H.G. XXIII S. 381: „Aus § 38 Abs. 3 folgt, dass es zur Ausschliessung eines Genossenschafters nicht der Anrufung des Richters bedarf (wie nach Art. 128 H.G.B. zur Ausschliessung eines offenen Gesellschafters), dass vielmehr die einfache Willenserklärung der Genossenschaft genügt. Keineswegs aber ergibt sich daraus, dass die Ausschliessung in das freie Belieben der Genossenschaft gestellt sei oder gestellt werden dürfe. Im Gegentheile ist klar, dass das Recht der Ausschliessung nur in beschränkter Weise, nämlich nur unter der Voraussetzung gewährt sein sollte, dass entweder der Genossenschafter die bürgerlichen Ehrenrechte verloren habe oder ein im Gesellschaftsvertrage festgesetzter Ausschliessungsgrund vorliege."

Dass dritte Personen nicht durch solchen Beschluss verpflichtet werden, ist selbstverständlich. Aber dasselbe muss auch von den Genossenschaftern behauptet werden. Jeder derselben übernimmt durch seinen Eintritt die nach den zur Zeit seines Eintritts geltenden Statuten den Mitgliedern obliegenden Verpflichtungen, z. B. ein bestimmtes Eintrittsgeld zu bezahlen oder eine bestimmte Summe als Geschäftsantheil zu den festgesetzten Zeiten einzubringen; Verpflichtung zu grösseren Leistungen der Genossenschaft gegenüber hat er nicht. Er hat Verpflichtungen von unbestimmter Höhe den Gläubigern gegenüber und Verpflichtungen aus Regressansprüchen seiner Mitgenossen. Erstere sind durch das Gesetz genau festgestellt, letztere aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu entnehmen. Wenn nun ein Genossenschaftsbeschluss etwa dahin gefasst wird, dass jedes Mitglied statt der bisherigen 100 M. zu einer Einlage von 300 M. verpflichtet sein solle, so bindet dieser Beschluss, welcher eine Statutenänderung enthält, zwar die von jetzt an eintretenden Mitglieder, aber die älteren Genossenschafter werden dadurch nicht verpflichtet, für sie hat der Beschluss nur fakultative, aber keine obligatorische Bedeutung [24]), d. h. sie mögen, wenn sie wollen, ihre Einlagen auf 300 M. erhöhen, aber sie können dazu nicht gezwungen werden. Natürlich muss dasselbe gelten, wenn nach Abschreibung aller Geschäftsantheile [25]) **ohne Aenderung des Statuts** der Beschluss gefasst wird, es sollen zum Zwecke der Deckung eingetretener Verluste die jetzigen Mitglieder den statutenmässigen Geschäftsantheil aufs Neue einzahlen.

---

[24]) Ganz anders ist es nach dem königlich sächsischen Gesetze, die juristischen Personen betreffend, vom 15. Juni 1868. Nach § 11 desselben sind, wenn nichts anderes bestimmt ist, die Mitglieder der Erwerbsgenossenschaften mit unbeschränkter Haft nur der Genossenschaft, nicht den Gläubigern gegenüber verpflichtet; diese Verpflichtung ist nach § 61 auch eine solidarische, „es bleibt jedes Mitglied zur Deckung des ganzen von den übrigen etwa nicht erlangten Bedarfs verpflichtet". Wenn nun zur Schuldenbezahlung eine bestimmte Summe erforderlich ist, und die Genossenschaft beschliesst, dass jeder Genossenschafter so und so viel bezahlen müsse, so bindet diess sämmtliche Mitglieder. — Auch die Verpflichtung der Gewerke nach dem allg. Berggesetz für die preussischen Staaten vom 24. Juni 1865 ist eine unbeschränkte. § 102: „Die Gewerken nehmen nach dem Verhältniss ihrer Kuxe an dem Gewinne und dem Verluste Theil. Sie sind verpflichtet, die Beiträge, welche zur Erfüllung der Schuldverbindlichkeiten der Gewerkschaft und zum Betriebe erforderlich sind, nach Verhältniss ihrer Kuxe zu zahlen"; der einzelne Gewerke kann seine Verurtheilung und die Exekution (nach § 130 des Berggesetzes) dadurch abwenden, dass er unter Ueberreichung des Kuxscheins den Verkauf seines Antheils Behufs Befriedigung der Gewerkschaft anheimstellt. — Aehnlich bei den öffentlichen Korporationen, z. B. den Gemeinden. Die Gläubiger können ihre Befriedigung nur von der Korporation, nicht von den Gemeindemitgliedern fordern, aber die Gemeinde kann vermöge ihres Besteuerungsrechtes den Mitgliedern die Verpflichtung auflegen, so viel zu zahlen, als zur Zahlung der Zinsen, zur Amortisation der Kapitalschuld und zur Deckung des sonstigen Bedarfs der Kommune erforderlich ist. — Nach dem Genossenschaftsgesetze ist den Genossenschaften ein solches Besteuerungsrecht nicht beigelegt, die Genossenschafter haften aber den Genossenschaftsgläubigern direkt, obwohl nur subsidiarisch.

[25]) Der Beschluss, es sollten zur Deckung der Verluste alle Geschäftsantheile abgeschrieben werden, ist zulässig. O.H.G. XXIV S. 420.

VII. Wie ein Kaufmann seinen Prokuristen, Handlungs- und anderen Bevollmächtigten allgemeine und spezielle Instruktionen ertheilen kann, so steht dies auch der Generalversammlung zu; jedoch sind die Vertreter und Beamten der Genossenschaft selbst dieser gegenüber solche Anweisungen nur soweit zu befolgen verpflichtet, als sie nichts Ungesetzliches enthalten.

Die Generalversammlung wählt die genannten Beamten und Vertreter, beschliesst über die zu gewährenden Besoldungen, Tantièmen oder sonstige Emolumente, beschliesst aber auch die Entlassung, unbeschadet der Entschädigungsansprüche dieser Personen aus den mit ihnen geschlossenen Verträgen. Ein Beschluss, es solle keine Entschädigung gewährt werden, hat nur die Bedeutung eines einseitig erklärten Willens der einen Partei, welche die andere Partei nicht bindet.

VIII. Das unbestritten der Generalversammlung zustehende Recht, die ihr vorgelegte Bilanz anzuerkennen und auf Grund derselben zu beschliessen, wieviel als Gewinn zu vertheilen oder wie der eingetretene Verlust zu decken sei, darf nicht willkürlich, sondern muss auf Grund der thatsächlichen Verhältnisse und unter Beobachtung der statutenmässig bestehenden Rechte ausgeübt werden. Die Grundlage dieser Beschlussfassung ist die Bilanz. Dass dieselbe eine ganz richtige sei, kann nicht angenommen werden, denn sie beruht zum Theil auf Schätzungen des Vorstandes; es genügt, wenn diese Schätzungen bona fide stattgefunden haben. Im Verhältnisse der Genossenschaft zu ihren in der Verbindung bleibenden Mitgliedern sind Irrthümer, welche die Bilanz enthält, meistens nicht von grosser Bedeutung, da die Ausgleichung durch die Bilanzen der folgenden Geschäftsperioden leicht bewirkt werden kann. Es kann auch nach Aufdeckung der eingetretenen Irrthümer durch einen in einer Generalversammlung gestellten Antrag ein abändernder Beschluss herbeigeführt werden. Um so wichtiger aber sind solche unrichtige Schätzungen und andere Irrthümer, und die darauf gebauten Beschlüsse über Gewinn- oder Verlustvertheilung im Verhältnisse der Genossenschaft zu den ausgeschiedenen Mitgliedern. Ist in Folge eines Irrthums die Vertheilung einer Dividende beschlossen, ohne dass überhaupt ein Gewinn vorhanden war, oder eine zu hohe Dividende, so ist der Vorstand berechtigt, mit der condictio indebiti die irrthümlich bezahlten Summen von den Empfängern zurückzufordern, wenngleich diese in gutem Glauben den Gewinn empfangen hatten, da die für Kommandit- und Aktiengesellschaften im H.G.B. Art. 165 letzter Abs., Art. 197 a. E. und Art. 218 ausgesprochene gesetzliche Befreiung in das Genossenschaftsgesetz nicht aufgenommen ist.[26]) Dieses Kondictionenrecht kann auch einredeweise gegen eine Klage des Genossenschafters geltend gemacht werden.

Konsequenterweise muss man auch dem ausgetretenen Genossenschafter eine Anfechtung des Generalversammlungsbeschlusses gestatten; doch ist ein in diesem Sinne ergangenes Urtheil in letzter Instanz vernichtet.[27])

---

[26]) O.H.G. XXIII S. 173.

[27]) O.H.G. XXIV S. 420. — Entsch. des Reichsgerichts Bd. 1 S. 10. Hier wird ausgesprochen, die Aufstellung der Bilanz, mithin auch die Abschreibung auf erlittene

IX. Dass die Individualrechte der Genossenschafter, z. B. auf Rückzahlung gegebener Darlehen und Bezahlung versprochener Zinsen, nicht durch Beschluss der Generalversammlung verletzt werden dürfen, ist selbstverständlich. Wenn z. B. in Folge des Sinkens des üblichen Zinsfusses beschlossen wird, dass die Gläubiger statt 4 künftig nur $3^1/_2$ Prozent Jahreszinsen erhalten sollen, so liegt darin eine Anweisung an den Vorstand, künftig keine höheren Zinsen zu versprechen, aber die Gläubiger behalten ihr Recht auf die versprochenen höheren Zinsen, wenn sie nicht freiwillig sich mit der Herabsetzung einverstanden erklären, andernfalls bleibt der Genossenschaft nichts übrig, als die empfangenen Darlehen nach Ablauf der festgestellten Kündigungszeit zurückzuzahlen.

X. Die Generalversammlung kann auch die Auflösung der Genossenschaft beschliessen. Darüber unten § 158 Ziffer 2.

XI. Jeder in der Generalversammlung gefasste Beschluss ist in das Protokollbuch einzutragen. Die Einsicht desselben muss jedem Genossenschafter und der Staatsbehörde gestattet werden.[28])

§ 156.

G. Die Rechte und Verpflichtungen der Genossenschaft.

I. Die Genossenschaft ist ein ideales Rechtssubjekt. Sie kann als solches unter ihrer Firma[1]) Rechte erwerben und Verpflichtungen eingehen, auch Eigenthum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben.[2])

II. Das Aktivvermögen der Genossenschaft wird gebildet:

1. aus den Geschäftsantheilen der Genossenschafter, soweit diese schon eingezahlt sind oder nach den Statuten eingezahlt werden müssen. Auf letztere, soweit sie noch nicht eingezahlt sind, hat die Genossenschaft ein klagbares Forderungsrecht. Nach dem Gesetz § 3 Nr. 5 muss das Statut enthalten „den Betrag der Geschäftsantheile der einzelnen Genossenschafter und die Art der Bildung dieser Antheile“. Danach kann die Höhe der Antheile auf eine ganz kleine Summe, vielleicht auf einige Pfennige festgesetzt werden; es kann bestimmt werden, dass der festgesetzte Betrag sogleich beim Eintritt des Genossenschafters von ihm gezahlt werde, oder dass diese Zahlung in Raten zu bestimmten Perioden geschehen solle, dass auch die beschlossene Dividende zur Kompletirung des Geschäftsantheils zurückbehalten, dem Genossenschafter in den Büchern der Genossenschaft gutgeschrieben werde.

Verluste sei gesetzlich Sache der Organe der Genossenschaft, und diese seien nicht schuldig, sich dem ausscheidenden Mitgliede gegenüber auf Erörterungen über die Richtigkeit ihres Verfahrens einzulassen. — Ebenso Entsch. des Reichsgerichts IV S. 108.

[28]) Ges. § 33 Abs. 2.

[1]) Ges. § 11 Abs. 1. Damit soll gesagt sein, dass es nicht nöthig sei, die Namen physischer Personen, welche die Genossenschaft vertreten, in den Vertragsdokumenten oder zur Eintragung in die Grund- und Hypothekenbücher anzugeben, wie dies vor Emanation des Genossenschaftsgesetzes für erforderlich gehalten wurde.

[2]) Ges. § 11 Abs. 1.

Es haben sich aber auch Genossenschaften gebildet, welche einen Geschäftsantheil weder verlangen, noch annehmen. Es sind die sg. Raiffeisen'schen Darlehnskassen, welche zuerst in den Rheinlanden, namentlich in vielen Ortschaften des vormaligen Kreisgerichts Neuwied, ins Leben gerufen und in die Genossenschaftsregister eingetragen, allmälig auch in Süddeutschland verbreitet sind. Wenn es in den Statuten derselben heisst, Geschäftsantheile würden von den Genossenschaftern weder verlangt, noch angenommen, so glaubt man damit dem gesetzlichen Requisite des § 3 Nr. 5 genügt zu haben, und es ist auch nicht abzusehen, warum man diese Bestimmung der Statuten nicht ebenso für genügend halten dürfe, wie die Fixirung der Geschäftsantheile auf einige Pfennige. Als Kreditbasis sind die Geschäftsantheile auch von Schulze-Delitzsch nicht anerkannt, sie sind wenigstens von geringer Bedeutung, da die Genossenschafter mit dem Ende jeder Geschäftsperiode nach vorgängiger Aufkündigung austreten können, und dann ihre Antheile in baarem Gelde zurückerhalten. Wie für die offene Handelsgesellschaft ist auch für die eingetragene Genossenschaft die gesetzliche Kreditbasis die Solidarhaft, welche durch Statut nicht beschränkt werden kann. Das ist denn auch nach dem System Raiffeisen die einzige den Genossenschaftern aufgelegte Verpflichtung.

2. aus dem durch die Geschäftsführung gezogenen Gewinne. Welche Quote davon nach dem Ende jeder Geschäftsperiode an die Genossenschafter — sei es baar oder durch Gutschrift in den Büchern — und welche Quote dem Reservefonds zu überweisen sei, hat das Statut zu bestimmen. Das Gesetz § 9 Abs. 2 sagt hierüber: „In Ermangelung einer anderen Bestimmung des Gesellschaftsvertrags wird der Gewinn unter die Gesellschafter nach Höhe von deren Geschäftsantheilen vertheilt.“ [3]) Der Gesellschaftsvertrag darf also eine andere Bestimmung enthalten; in den Statuten der Raiffeisen'schen Darlehnskassenvereine wird bestimmt, dass der Gewinn überhaupt nicht unter die Genossenschafter vertheilt, sondern während der ganzen Dauer der Genossenschaft als Reservefonds aufbewahrt werde. Die rechtliche Zulässigkeit solcher Bestimmung muss anerkannt werden.[4])

---

[3]) Es wird behauptet, diese Bestimmung stehe im Widerspruche mit Gesetz § 47 c. v. Sicherer S. 208; Parisius die Genossenschaftsgesetze S. 245 sagt, es bleibe zwischen den §§ 9 und 47 ein nicht zu lösender Widerspruch. — Auch nach § 47 c wird der Gewinn des letzten Rechnungsjahres an die Genossenschafter nach den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages (hier ist aus § 9 zu ergänzen: in Ermangelung solcher nach Höhe der Geschäftsantheile) vertheilt. Was nach Bezahlung der Schulden, Rückzahlung der Geschäftsantheile und Vertheilung jenes Gewinnes noch übrig ist — § 39 bezeichnet dies als Reservefonds und das sonst vorhandene Vermögen der Genossenschaft — das wird nur bei Beendigung der Liquidation, und zwar dann nach Köpfen unter die noch vorhandenen Genossenschafter vertheilt. Diese Bestimmung bezielt also nicht Gewinnvertheilung der letzten Geschäftsperiode, von welcher § 9 handelt. Ein Widerspruch ist nicht vorhanden.

[4]) Sie ist auch nur von wirthschaftlichem Standpunkte angegriffen und gefragt worden, weshalb man für die nachfolgenden Generationen den Gewinn aufsammeln wolle? Diese Ansammlung erfolgt doch aber auch im Interesse der gegenwärtigen Mitglieder,

3. Aus dem auf andere Art, als durch den Geschäftsbetrieb, erworbenen Vermögen. Schulze-Delitzsch charakterisirt die Genossenschaften als auf Selbsthülfe beruhende Vereine, im Gegensatz der von Lassalle erstrebten Produktivgenossenschaften mit Staatshülfe; aber weder in das preussische, noch in das norddeutsche Gesetz ist diese Bezeichnung aufgenommen, da es rechtlich ohne Bedeutung ist, ob die Genossenschaften vom Staate und von Privatpersonen liberale Zuwendungen annehmen oder nicht. Die Fähigkeit der Genossenschaften, Vermächtnisse, Schenkungen oder Staatssubventionen zu erwerben, ist nicht zu bezweifeln. Versteht man nun unter Reservefonds bloss das aus dem Geschäftsgewinn früherer Zeit angesammelte Vermögen, so ist es ganz passend, wenn das Gesetz § 39 Abs. 2 vier Gattungen des genossenschaftlichen Vermögens unterscheidet:

a. die Geschäftsantheile,

b. den zu vertheilenden Gewinn,

c. den Reservefonds und

d. das sonst vorhandene Vermögen der Genossenschaft.

III. Das Passivvermögen besteht

1. aus den von den Vertretern der Genossenschaft für dieselbe begründeten Verbindlichkeiten aus Geschäftsobligationen. Das Gesetz § 20 Abs. 1 sagt: „Die Genossenschaft wird durch die vom Vorstande in ihrem Namen abgeschlossenen Rechtsgeschäfte berechtigt und verpflichtet. Es ist gleichgültig, ob das Geschäft ausdrücklich im Namen der Genossenschaft geschlossen worden ist, oder

---

denn je grösser der Reservefonds ist, desto geringer wird die Gefahr der Genossenschafter, aus ihrer Solidarhaft in Anspruch genommen zu werden. Dazu kommt, dass die Genossenschafter, welche genügende Sicherheit bieten, die von ihnen gewünschten Darlehen auf längere Dauer und gegen geringere Zinsen erhalten können. Nach dem System Schulze-Delitzsch wird dem Genossenschafter nur Personalkredit, dieser auch meistens nur auf kurze Zeit, und gegen ziemlich hohe Zinsen ($7-7^1/_2$ Prozent jährlich, einschliesslich der zu zahlenden Provision) gewährt, während von allem diesem das Gegentheil nach dem System Raiffeisen üblich ist: Hypothekar-Kredit, Kredit auf längere Zeit, und gegen geringere Zinsen. Der einzige Zweck, den die Genossenschafter nach letzterem System verfolgen, ist ein wohlgesicherter und wohlfeiler Hypothekarkredit, welcher den Grundbesitzern auf dem Lande sowohl, als auch in den Städten nützlich, ja nothwendig ist. Diesen erkaufen sie durch Uebernahme der Solidarhaft, welche bei umsichtiger Geschäftsführung ihnen nicht als sehr gefahrdrohend erscheint. Getadelt wird es, dass diese Vereine Gelder auf kurze Kündigungszeit aufnehmen und sie auf längere Kündigungsfristen festlegen, wodurch Gefahren entstehen können. Diese suchen die genannten Darlehnskassen dadurch zu beseitigen, dass sie eine grössere Genossenschaft unter sich bilden, welche die der einzelnen Genossenschaft lästigen Ueberschüsse gegen Zinsen aufnimmt, und die nöthigen Gelder ihr gegen etwas höhere Zinsen vorleiht. Selbst die grösseren Bodenkredit-Aktiengesellschaften und die Reichsbank werden gegen Verpfändung gut gesicherter Hypothekarforderungen kein Bedenken tragen, das nothwendige Kapital vorzuleihen. — Es wird ferner getadelt, dass diese Vereine ihren Vorständen keine Besoldung geben. Solange fähige Personen diese nicht eben lästigen Geschäfte unentgeltlich besorgen, kann man sich dies wohl gefallen lassen; findet man fähige Personen nicht mehr geneigt zu dieser unentgeltlichen Geschäftsbesorgung, so werden auch diese Genossenschaften sich zur Remunerirung entschliessen müssen.

ob die Umstände ergeben, dass es nach dem Willen der Kontrahenten für die Genossenschaft geschlossen werden sollte.“

Aus unerlaubten Handlungen des Vorstandes können Ansprüche gegen die Genossenschaft nur soweit geltend gemacht werden, als sie durch dieselben bereichert ist.[5])

Im Gesetz § 35 Abs. 1 wird angenommen, dass **die Genossenschaft selbst** sich gesetzwidriger Handlungen oder Unterlassungen schuldig machen könne. Diese sind wohl zu unterscheiden von Delikten der Vorstandsmitglieder oder des Aufsichtsraths, auch von Delikten der Genossenschafter, das Gesetz kann daher nur von solchen gesetzwidrigen Handlungen oder Unterlassungen verstanden werden, welche von der Generalversammlung beschlossen und dann dem Beschlusse gemäss von irgend welchen ihrer Organe ausgeführt sind. Doch selbst dann entsteht keine privatrechtliche Verbindlichkeit, auch keine strafrechtliche Verantwortlichkeit der Genossenschaft; Beides trifft nur die einzelnen Menschen, welche eine solche schuldvolle Handlung oder Unterlassung veranlasst oder ausgeführt haben. Unter gewissen Umständen kann die Auflösung der Genossenschaft wegen solcher Handlungen oder Unterlassungen erkannt werden;[6])

2. aus den von der Genossenschaft mit ihren Vertretern begründeten Vertragsverhältnissen. Die Verträge mit dem Vorstande können vom Aufsichtsrathe, auch von der Generalversammlung selbst abgeschlossen sein; sie begründen eine Schuldverbindlichkeit der Genossenschaft, welche selbst durch Enthebung dieser Vertreter oder Beamten von ihren Funktionen nicht vernichtet wird;

3. aus den nach Beschluss der Generalversammlung zu vertheilenden Geschäftsgewinnen (Dividenden). Das Recht der Genossenschafter auf die Dividende wird durch Feststellung derselben in der Generalversammlung zu einem klagbaren Gläubigerrechte;[7])

4. aus den Geschäftsantheilen der **ausgeschiedenen** Genossenschafter. Der Geschäftsantheil der Genossenschafter, welche in der Verbindung bleiben, ist keine reine Forderung des Genossenschafters gegen die Genossenschaft, sondern ein blosser Werthantheil an dem den Genossenschaftsgläubigern haftenden Genossenschaftsvermögen, welches sich theils aus diesen Geschäfsantheilen, theils aus dem Vereinsgut im engeren Sinne, insbesondere dem Reservefonds zusammenzusetzen pflegt.[8]) Die ausgeschiedenen Mitglieder haben aber ihren Geschäftsantheil, „wie er sich aus den Büchern ergibt“, zu fordern, d. h. in dem Umfange, wie er sich in Folge der zugeschriebenen Dividenden und der abgeschriebenen Verluste gestaltet.[9])

---

[5]) S. oben § 150 Not. 23 (S. 827, 828).

[6]) Ges. § 35.

[7]) R.O.H.G. XXIII S. 173.

[8]) So R O.H.G. XVII S. 214.

[9]) R.O.H.G. VIII S. 274.

IV. Für das Fortbestehen der Genossenschaft ist es rechtlich ohne Bedeutung, wie das Aktiv- zu dem Passivvermögen sich verhält, letzteres kann mehr betragen wie das erstere. Dass diese Ueberschuldung die Genossenschaft beendige, ist zwar behauptet aber nicht begründet. **Rosenthal** S. 44 a. E. und S. 45 sagt: „Die Vernichtung der Vermögensgrundlage, die in einer Ueberschuldung enthalten ist, endigt die Genossenschaft, indem sie ihr die wirthschaftliche Selbständigkeit entzieht." — Im Zustande der Ueberschuldung finden sich stets viele Personen, diese verlieren dadurch keineswegs ihre wirthschaftliche Selbständigkeit, sie behalten das Verfügungsrecht über ihr Aktivvermögen, ja sie geniessen nicht selten einen Kredit selbst bei Personen, welche diesen Zustand der Ueberschuldung kennen, indem sie darauf vertrauen, dass der Schuldner durch seine Thätigkeit, durch Hülfe seiner Verwandten, durch demnächst anfallende Erbschaften die Mittel erwerbe, seine Verbindlichkeiten zu erfüllen. Auch der Umstand, dass ausser dem Hauptschuldner andere Personen, wenn auch nur subsidiär, für die Schulden haften, ist hierbei von hoher Bedeutung, und Letzteres tritt gerade bei den Genossenschaften ein. Mögen diese immerhin, vielleicht durch Unredlichkeit ihrer Vertreter, durch Verluste bei ihren Debitoren, oder durch ungünstige Konjunkturen in den Zustand der Ueberschuldung gerathen sein, so ist einmal zu hoffen, dass die Verluste durch günstige Geschäftsergebnisse der Zukunft wieder ausgeglichen werden, sodann ist es vielleicht bekannt, dass unter den subsidiarisch haftenden Genossenschaftern mehrere vermögende Personen sich finden. Unter solchen Umständen wird nicht einmal der Kredit der Genossenschaft leiden, höchstens wird der Beitritt neuer Mitglieder fürerst unterbleiben. — Auch **Endemann** § 183 II und § 185 II A 2 stellt die Behauptung auf „Verlust dieses Vermögens durch Ueberschuldung ist unbedingt das Ende der Genossenschaft" (§ 183) und an der zweiten Stelle: „Die Beendigung tritt ein unabhängig von dem Willen der Genossenschaft, durch Eröffnung des Konkurses oder Falliments, welche **eintreten muss**, wenn das eigene Vermögen derselben überschuldet ist," sodann am Schlusse der Note 21 zu § 185: „Mit der Ueberschuldung ihres unmittelbaren Vermögens ist bezeichnenderweise die Genossenschaft vernichtet (wirthschaftlich todt), wenngleich die Solidarhaft der Einzelnen noch in Reserve bleibt." — Das ist ein Sonderrecht für Aktiengesellschaften, dass der Vorstand derselben die Ueberschuldung dem Gerichte behufs der Eröffnung des Konkurses anzeigen muss.[10]) Für Genossenschaften, welche im Zustande der Liquidation sich befinden, gilt dasselbe nur bedingt, indem der § 48 des Gesetzes den Liquidatoren vorschreibt, dass sie, sobald die Ueberschuldung sich aus der ersten oder aus einer folgenden von ihnen aufgestellten Bilanz ergibt, eine Generalversammlung berufen sollen, und wenn nicht das Fehlende von Genossenschaftern binnen acht Tagen eingezahlt wird, die Eröffnung des Konkurses beantragen sollen. Hier ist also nicht von einer noch arbeitenden, sondern von einer ihre Verhältnisse abwickelnden Genossenschaft die Rede. Die §§ 12, 51, 59 des Gesetzes haben **Zahlungsunfähigkeit** neben der Ueber-

---

[10]) H.G.B. Art. 240 Abs. 3, in der Novelle § 240 Abs. 2.

schuldung zur Voraussetzung. Beides darf nicht mit einander verwechselt werden. Erstere ist vorhanden, wenn der Schuldner nicht im Stande ist, seine **fälligen** Verbindlichkeiten zu erfüllen, letztere, wenn die Passivsumme den Aktivbestand übersteigt. Selbst nach erfolgter **Zahlungseinstellung,** d. h. sobald die Genossenschaft aufgehört hat, fällige und zugleich unbestrittene Forderungen oder Summen, zu deren Zahlung sie rechtskräftig verurtheilt ist, zu bezahlen, ist sie nicht mehr, wie dies nach § 51 des Gesetzes vorgeschrieben war, **verpflichtet,** dies behufs Eröffnung des Konkurses anzuzeigen. Denn dieser § 51 ist durch das Einführungsgesetz zur Konkursordnung § 3 Nr. 1 aufgehoben.

V. Die Vermögensrechte der Genossenschaft sind unabhängig von denen ihrer Mitglieder; sie macht ihre Forderungen als eigene geltend, und ihre Schuldner können keine Kompensation aus ihren Forderungen gegen einzelne Mitglieder geltend machen.[11])

VI. Während für die Bezahlung der übrigen Schulden der Genossenschaft keine besonderen Rechtssätze existiren, daher dieselben zur Zeit ihrer Fälligkeit bezahlt werden müssen, gelten in Betreff ihrer Verbindlichkeiten gegen die ausgeschiedenen Mitglieder oder ihre Erben zwei besondere Rechtssätze, die im zweiten und dritten Absatze des § 39 des Gesetzes enthalten sind.

1. Der Abs. 2 des § 39 bestimmt:

> „Wenn der Gesellschaftsvertrag nichts Anderes bestimmt, haben sie an den Reservefonds und an das sonst vorhandene Vermögen der Genossenschaft keinen Anspruch, sind vielmehr nur berechtigt zu verlangen, dass ihnen ihr Geschäftsantheil, wie er sich aus den Büchern ergibt, binnen drei Monaten nach ihrem Ausscheiden ausgezahlt werde.“

Es soll ihnen ihr Geschäftsantheil, wie er sich aus den Büchern ergibt, ausgezahlt werden. Dies könnte möglicherweise so gedeutet werden, dass nur diejenigen Zuschreibungen und Abschreibungen, welche zur Zeit des Abgangs bereits vollzogen sind oder doch nach den damals schon erfolgten Feststellungen der Generalversammlung über Gewinnvertheilung und Verlustdeckung durch Abschreiben vorgenommen werden müssen, in Betracht kommen, dass also die ausgeschiedenen Mitglieder oder ihre Erben an dem seit Beginn des letzten Geschäftsjahres (oder der kürzeren Geschäftsperiode) bis zur Zeit der Ausscheidung eingetretenen Gewinne oder Verluste der Genossenschaft nicht Theil zu nehmen hätten. Diese Ansicht hat höchstens den Wortlaut des

---

[11]) Ges. § 15: „Eine Kompensation zwischen Forderungen der Genossenschaft und Privatforderungen des Genossenschaftsschuldners gegen einen Genossenschafter findet während der Dauer der Genossenschaft weder ganz noch theilweise statt. Nach Auflösung der Genossenschaft ist sie zulässig, wenn und soweit die Genossenschaftsforderung dem Genossenschafter bei der Auseinandersetzung überwiesen ist.“ — Der leztgenannte Satz enthält kein Ausnahmsrecht, denn in der Ueberweisung liegt eine Cession, der Schuldner aber kann seine Gegenforderungen gegen den Gläubiger geltend machen, mögen sie durch ihn selbst begründet oder durch Universal- oder Singular-Succession auf ihn übergegangen sein.

Gesetzes für sich,[12]) ist aber weder beabsichtigt, noch in der Rechtsprechung gebilligt.[13])

Eine Abänderung der hier genannten Bestimmung ist nur in Betreff der ersten Bestimmung statthaft, dass die ausgeschiedenen Mitglieder keinen Anspruch an den Reservefonds und an das sonst vorhandene (nicht aus Geschäftsgewinnen angesammelte) Vermögen der Genossenschaft haben sollen, während die folgende Bestimmung, dass ihnen ihre Geschäftsantheile, wie sie sich aus den Büchern ergeben, ausgezahlt werden sollen, und zwar binnen drei Monaten nach ihrem Ausscheiden, einen absoluten Karakter hat.[14])

2. Der Abs. 3 des § 39 lautet:

„Gegen diese Verpflichtung kann sich die Genossenschaft nur dadurch schützen, dass sie ihre Auflösung beschliesst und zur Liquidation schreitet.“

Erst durch den **nach** dem Ausscheiden des Genossenschafters gefassten Beschluss der Generalversammlung über Gewinn- oder Verlustvertheilung wird der Betrag dessen, was die ausgeschiedenen Mitglieder als Geschäftsantheil zu fordern haben, festgestellt. Kommt ein solcher Beschluss der Generalversammlung nicht in den ersten 3 Monaten nach dem Ausscheiden zu Stande, so hat der Ausscheidende ein Klagerecht gegen die Genossenschaft darauf, dass die unterlassene Festsstellung erfolge, und der nach erfolgtem Zu- oder Abschreiben sich ergebende Geschäftsantheil ihm ausgezahlt werde. Abgesehen von der gesetz-

---

[12]) Ueber die Verhandlungen auf dem preussischen Landtage und in den verschiedenen Commissionen zur Berathung des Gesetzes Parisius, Die Genossenschaftsgesetze S. 356 u. 357.

[13]) R.O.H.G. VIII 274. In diesem Urtheile ist angenommen, dass der auf Grund der Bilanz des verflossenen Jahres im folgenden Jahre — also nach dem Ausscheiden — gefasste Beschluss der Generalversammlung, sämmtliche Geschäftsantheile durch die erlittenen Verluste für absorbirt zu erklären, auch die ausgeschiedenen Mitglieder treffe, weshalb die von einem ausgeschiedenen Mitgliede auf Zahlung seines Geschäftsantheiles gerichtete Klage abgewiesen worden. Das angefochtene Urtheil hatte die entgegenstehende Ansicht befolgt und die Genossenschaft verurtheilt.

[14]) Parisius, Die Genossenschaftsgesetze S. 357. Genossenschaftsblätter von 1875 Nr. 30 Seite 137. In dem hier mitgetheilten Urtheile des R.O.H.G. vom 13. März 1875, in Sachen der Volksbank zu Kreuznach, e. G., wider ein ausgeschlossenes Mitglied, ist ausgesprochen, dass der § 55 des Genossenschaftsstatuts, welcher auf gewisse Handlungen eines Mitglieds dessen Ausschluss unter Verlust seines Geschäftsantheils setzt, ungültig sei, weil er gegen das Verbot des § 9 Abs. 1 des Genossenschaftsgesetzes eine Aenderung der Bestimmungen des § 39 enthält, welche darin nur in Bezug auf den Reservefonds, nicht aber in Bezug auf die Geschäftsantheile zugelassen ist. — Parisius a. a. O. S. 358, 359 führt aus den Schulze'schen Musterstatuten die Bestimmung an, dass die im Laufe einer Geschäftsperiode ausscheidenden Mitglieder, sowie die Erben der im Laufe einer Geschäftsperiode gestorbenen Mitglieder an den Gewinnen der begonnenen, aber noch nicht beendigten Geschäftsperiode keinen Antheil haben sollen. Die Bestimmung verstösst nicht gegen die Gesetzesvorschrift, ist auch aus Zweckmässigkeitsgründen zu empfehlen, da sonst eine ganze Anzahl von Bilanzen innerhalb der Geschäftsperiode aufgestellt und in einer Generalversammlung anerkannt werden müssen. Aber wenn dies in Betreff der Gewinne im Statut bestimmt wird, so sollte es auch in Betreff der Verluste festgestellt werden.

lichen Zeitbestimmung der drei Monate würde er eine solche Forderung sogleich nach seinem Ausscheiden erheben können.[15]) Beschliesst die Genossenschaft ihre Auflösung **innerhalb** dieser drei Monate, so ist sie von ihrer Verpflichtung, eine Bilanz aufzustellen und Beschluss über Gewinn- oder Verlustvertheilung zu fassen, entbunden,[16]) und die ausgeschiedenen Mitglieder haben der Liquidation gegenüber keine grösseren Rechte, als die in der Verbindung gebliebenen Genossenschafter, d. h. sie erhalten ihr Guthaben oder eine Quote desselben erst nach Befriedigung aller Gläubiger der Genossenschaft.[17]) Wird die Auflösung aber erst **nach Ablauf** jener drei Monate beschlossen, so treten diese vormaligen Genossenschafter oder ihre Erben mit ihren Forderungen aus der zweiten Reihe (des § 47) in die erste, und können die Auszahlung ihrer Geschäftsantheile, da sie fällige Forderungen geworden sind, sogleich fordern.

VII. Aus dem Wesen des Geschäftsantheils, welcher nicht in einem aliquoten Theile des Genossenschaftsvermögens, auch nicht in einem reinen Forderungsrechte sondern in einem blossen Werthantheile an dem Vermögen der Genossenschaft besteht, welcher erst nach dem Ausscheiden des Genossenschafters oder am Schlusse der Liquidation zu realisiren ist, und aus der Erwägung, dass das Recht auf die Dividende erst aus ihrer Feststellung durch Generalversammlungsbeschluss erfliesst, ergeben sich diejenigen Folgerungen, welche das Gesetz in den §§ 13, 14, 16 normirt hat.

1. § 13. „Die Privatgläubiger eines Genossenschafters sind nicht befugt, die zum Genossenschaftsvermögen gehörigen Sachen, Forderungen oder Rechte, oder einen Antheil an denselben zum Behufe ihrer Befriedigung oder Sicherstellung in Anspruch zu nehmen. Gegenstand der Exekution, des Arrestes oder der Beschlagnahme kann für sie nur Dasjenige sein, was der Genossenschafter selbst an Zinsen und an Gewinnantheilen zu fordern berechtigt ist und was ihm im Falle der Auflösung der Genossenschaft oder des Ausscheidens aus derselben bei der Auseinandersetzung zukommt."

2. § 14. „Die Bestimmung des vorigen Paragraphen gilt auch in Betreff der Privatgläubiger, zu deren Gunsten eine Hypothek oder ein Pfandrecht an dem Vermögen eines Genossenschafters Kraft des Gesetzes oder aus einem anderen Rechtsgrunde besteht. Ihre Hypothek oder ihr Pfandrecht erstreckt sich nicht auf die zum Genossenschaftsvermögen gehörigen Sachen, Forderungen und Rechte, oder auf einen Antheil an denselben, sondern nur auf Dasjenige, was in dem letzten Satze des vorigen Paragraphen bezeichnet ist.

Jedoch werden die Rechte, welche an dem von einem Genossenschafter in das Vermögen der Genossenschaft eingebrachten Gegenstande bereits zur Zeit des Einbringens bestanden, durch die vorstehenden Bestimmungen nicht berührt."

---

[15]) R.O.H.G. XX S. 296.

[16]) Unrichtig ist die Ansicht, es sei nach § 39 anzunehmen, die Genossenschaft könne nur durch einen b i s zum Zeitpunkte des Ausscheidens des einzelnen Genossenschafters gefassten Auflösungsbeschluss gegen die Verpflichtung zur Auszahlung des buchmässigen Geschäftsantheils sich schützen. R.O.H.G. XX S. 295.

[17]) Ges. § 47, a, b.

3. § 16. „Hat ein Privatgläubiger eines Genossenschafters nach fruchtlos vollstreckter Exekution in dessen Privatvermögen die Exekution in das demselben bei der demnächstigen Auseinandersetzung zukommende Guthaben erwirkt, so ist er berechtigt, die Genossenschaft mag auf bestimmte oder unbestimmte Zeit eingegangen sein, Behufs seiner Befriedigung, nach vorher von ihm geschehener Aufkündigung, das Ausscheiden des Genossenschafters zu verlangen.

Die Aufkündigung muss mindestens sechs Monate vor Ablauf des Geschäftsjahres der Genossenschaft geschehen."

§ 157.

H. Rechte und Verpflichtungen der Gesellschafter.

Es sind zu unterscheiden: die Mitgliedschaftsrechte und die Individualrechte, sodann die Verpflichtungen der Genossenschafter gegen die Genossenschaft, gegen die Gläubiger der Genossenschaft, und andere Genossenschafter.

I. Die Mitgliedschaftsrechte. Diese bestehen

1. in dem Rechte der Theilnahme an den Generalversammlungen. Dies Recht hat nach dem Gesetze jeder Genossenschafter;[1])

2. in dem Rechte, bei Abstimmungen in der Generalversammlung eine Stimme abzugeben.[2]) Dieses Recht kann durch Statut abgeändert werden. Danach kann gewissen Genossenschaftern eine Mehrzahl von Stimmen beigelegt, andern kann das Stimmrecht entzogen werden.[3]) Ist dies nicht geschehen, so hat jeder Genossenschafter eine Stimme;

3. in dem Recht, Anträge zu stellen, welche in der Generalversammlung berathen werden sollen und über welche in derselben Beschluss zu fassen ist. Der Vorstand braucht jedoch diese Anträge nicht zuzulassen, ja er darf sie nicht zulassen, wenn sie auf andere als geschäftliche Zwecke der Genossenschaft, namentlich auf öffentliche Angelegenheiten gerichtet sind;[4])

4. in dem Rechte, die Berufung einer Generalversammlung mit Angabe der in derselben zu stellenden Anträge zu beantragen. Diesem Antrage muss jedoch bloss dann stattgegeben werden, wenn derselbe in einer schriftlichen Eingabe erfolgt ist, Zweck und Gründe des Antrages in dieser Schrift angegeben sind, und der Antrag von mindestens dem zehnten Theile der Genossenschafter unterzeichnet ist. Statt des zehnten Theiles kann im Statute eine andere Quote oder eine bestimmte Anzahl angegeben werden.[5]) Auch hier werden

---

[1]) Ges. § 10 Abs. 1.

[2]) Ges. § 10 Abs. 2.

[3]) Parisius, Die Genossenschaftsgesetze S. 257, 258. „Da die Generalversammlung aus der Gesammtheit der Genossenschafter besteht, so ist anzunehmen, dass auch diejenigen unter ihnen, die durch statutarische Bestimmung vom Stimmrechte ausgeschlossen sind, nicht behindert werden dürfen, der Generalversammlung beizuwohnen, an der Berathung theilzunehmen und Anträge zu stellen."

[4]) Ges. § 1, § 27 Abs. 2.

[5]) Ges. § 31 Abs. 3.

die Mitglieder, welche kein Stimmrecht haben, mitgezählt, wenn das Statut nicht das Gegentheil bestimmt hat;

5. Er hat das Recht, das Protokollbuch einzusehen, d. h. zu fordern, dass ihm dasselbe zur Einsicht vorgelegt werde; [6])

6. dass der Genossenschafter das bei dem Registergerichte eingereichte Verzeichniss der Genossenschafter nebst den später überreichten Quartallisten, der alphabetischen Jahresliste und der vom Gerichte fortgeführten Stammliste jederzeit einsehen könne, ist unzweifelhaft, da diese Einsicht Jedem gestattet ist; [7])

7. er hat einen Anspruch auf Theilnahme am Gewinne der Genossenschaft. Die Theilnahme bestimmt sich nach den Statuten. [8]) Wenn diese nichts Anderes enthalten, so hat er einen Anspruch auf einen nach der Höhe seines Geschäftsantheiles zu bestimmenden Gewinn; [9])

8. er hat einen Anspruch auf Rückzahlung seines Geschäftsantheiles erst nach seinem Ausscheiden [10]) oder nach Auflösung der Genossenschaft. [11])

Der Genossenschafter hat dagegen kein Recht, ausserhalb der Generalversammlung auf die Führung der Geschäfte durch Anweisungen oder Verbote an die Organe der Genossenschaft einzuwirken, auch nicht das Recht zu verlangen, dass ihm die Kasse, die Bücher und sonstige Papiere der Genossenschaft oder die aufgestellte Bilanz vorgelegt werden. [12]) Diese Rechte übt er nur in der Generalversammlung aus. [13])

9. Er hat ein Recht auf die Mitbenutzung der von der Genossenschaft zur

---

[6]) Ges. § 33 Abs. 2.

[7]) Ges. § 4 Abs. 3.

[8]) Darum kann auch festgesetzt werden, dass eine Vertheilung der Gewinne während des Bestehens der Genossenschaft nicht stattfindet, vielmehr der ganze Gewinn dem Reservefonds zugewiesen wird. So bei den Kreditkassenvereinen nach dem System Raiffeisen.

[9]) Ges. § 9 Abs. 2.

[10]) Ges. § 39 Abs. 2.

[11]) Ges. § 47 lit. b.

[12]) Das englische Genossenschaftsgesetz vom 7. August 1862 bestimmt unter Ziffer 21, dass jedes Mitglied unentgeltlich eine Abschrift des Jahresabschlusses vom Kassirer oder Schriftführer der Genossenschaft fordern könne, und unter Ziffer 22, dass jedes Mitglied die Bücher und die Mitgliederliste zu jeder passenden Stunde in dem Bureau der Genossenschaft einsehen dürfe. — Dass die Ausübung des letztgenannten Rechtes sehr störend auf die Geschäftsführung einwirken kann, ist ein genügender Grund zur Rechtfertigung der abweichenden Bestimmung des deutschen Gesetzes.

[13]) Der Genossenschafter hat also in dieser Beziehung dieselbe Rechtsstellung, wie der Aktionär nach H.G.B. Art. 224 Abs. 1, mit dessen Ausspruch unser Gesetz § 10 Abs. 1 wörtlich übereinstimmt. Endemann § 184 II A. behauptet dem entgegen: „Die Einsicht der Bücher erscheint als ein persönliches Recht des Einzelnen“ und bemerkt dazu in Note 14: „Das Gesetz § 50 Abs. 2 weist darauf hin.“ — Dem kann aber nicht zugestimmt werden; nachdem der § 50 Abs. 1 bestimmt hat, dass nach beendeter Liquidation die Bücher und Schriften der aufgelösten Genossenschaft einer durch Uebereinkunft oder durch das Gericht zu bestimmenden Person in Verwahrung gegeben werden sollen, sagt der Abs. 2: „Die Genossenschafter und deren Rechtsnachfolger behalten das Recht auf Einsicht und Benutzung der Bücher und Papiere.“ Dieser ganze § 50 ist wörtlich dem Art. 145 des H.G.B. entnommen, ausser dass statt Gesellschaft und Gesell-

Benutzung durch ihre Mitglieder angeschafften Gegenstände, z. B. landwirthschaftlicher Maschinen, oder von erworbenen Lokalitäten, z. B. der Magazinräumlichkeiten. Wegen Verletzung dieses Rechtes der Mitbenutzung hat der Genossenschafter ein Klagerecht.

10. Er hat ein Recht der Mitgliedschaft während der ganzen Dauer der Genossenschaft, er braucht sich demnach einen willkürlichen Ausschluss nicht gefallen zu lassen. Nach dem Gesetz [14]) findet der Ausschluss statt wegen des Verlustes der bürgerlichen Ehrenrechte. Das Statut kann daneben andere Ausschliessungsgründe festsetzen. Bestreitet der Ausgeschlossene das Vorhandensein des gesetzlichen oder eines in dem Statute festgestellten Ausschliessungsgrundes, so kann er sofort Klage auf Aufhebung des Beschlusses erheben; wenn jedoch das Statut für diesen Fall noch einen anderen Weg vorschreibt, z. B. Beschwerde bei der Generalversammlung, so muss zuerst dieser Weg eingeschlagen werden, und erst wenn derselbe fruchtlos gewesen ist, kann Klage erhoben werden. [15])

II. Die Individualrechte der Genossenschafter bestehen:

1. in den durch besondere Rechtsgeschäfte mit den Organen der Genossenschaft begründeten Rechten. Der Genossenschafter steht hier der Genossenschaft in gleicher Weise, wie jedem andern Kontrahenten gegenüber. Ob er Darlehnsverträge, Kaufkontrakte, Miethkontrakte mit der Genossenschaft abschliesst oder mit irgend einer anderen Person, begründet keinen Unterschied. Aber es macht auch keinen Unterschied, ob die Genossenschaft solche verpflichtende Rechtsgeschäfte mit einer ihr fremden Person oder mit einem Genossenschafter abschliesst. [15a]) Solche Individualrechte werden jetzt als Gläubigerrechte bezeichnet. [16])

---

schafter die Worte Genossenschaft und Genossenschafter gebraucht sind, und dass statt gütlicher Uebereinkunft durch einen Redaktionsfehler „gültigen Uebereinkunft" gesagt ist. Der Art. 145 gebrauchte das Wort „behalten" ganz korrekt, er spricht von den Mitgliedern der offenen Handelsgesellschaft, die nach H.G.B. Art. 105 jederzeit berechtigt sind, die Handelsbücher und Papiere der Gesellschaft einzusehen; dieses Recht der Einsicht und Benutzung der Papiere sollen nun die Mitglieder der offenen Handelsgesellschaft nach dem Ende der Liquidation behalten; die Mitglieder der aufgelösten Genossenschaft sollen dies Recht haben, sie hatten es ja freilich auch während des Bestehens der Genossenschaft, aber nicht als ein Individualrecht, sondern es konnte nur durch die Organe der Genossenschaft, also auch durch die Generalversammlung ausgeübt werden. — Endemann fügt der zitirten Note 14 hinzu: „Es liegt in der Natur der Sache, dass von Einsicht und Prüfung der Bilanz dasselbe gilt, § 10 des Ges. meint daher wohl nur, dass die Billigung, der Abschluss der Bilanz allein der Generalversammlung zukommt." — Das Gesetz gibt dem einzelnen Genossenschafter diese Rechte nicht, aber viele Genossenschaften lassen zweckmässig die Bilanz abdrucken, und geben jedem Mitgliede — auf Verlangen — einen Abdruck derselben.

[14]) Ges. § 38 Abs. 3: „In jedem Falle kann die Genossenschaft einen Genossenschafter aus den im Gesellschaftsvertrage festgesetzten Gründen, sowie wegen des Verlustes der bürgerlichen Ehrenrechte, ausschliessen."

[15]) R.O.H.G. XXII S. 103.

[15a]) Entsch. des Reichsgerichts IV S. 73.

[16]) Nach eingetretener Liquidation werden diese daher mit den übrigen Gläubigern zunächst befriedigt. Ges. § 47 lit. a.

2. In dem Rechte, die Auszahlung der in der Generalversammlung beschlossenen, ihm zufallenden Dividende zu fordern, sofern nicht nach dem Statute diese Dividende seinem Guthaben zugeschrieben wird. Abgesehen hiervon entsteht durch diese Feststellung ein Gläubigerrecht des Genossenschafters.[17])

3. Auch das Recht, nach erfolgtem Ausscheiden seinen Geschäftsantheil, wie er sich aus den Büchern ergibt, d. h. wie sich derselbe nach erfolgter Zuschrift seines Gewinn-Antheiles und nach erfolgter Abschreibung des auf ihn fallenden Verlust-Antheiles darstellt, verwandelt sich, wenn nicht die Genossenschaft binnen drei Monaten nach dem Ausscheiden ihre Auflösung beschliesst und zur Liquidation schreitet, in ein klagbares Gläubigerrecht. Dasselbe gilt von dem ihm zustehenden Anspruche auf einen Werthantheil von dem Reservefonds und dem sonstigen Vermögen der Genossenschaft, wenn die Statuten ein solches Recht festgestellt haben, denn sonst hat er keinen Anspruch auf einen Werthantheil von diesen Vermögensmassen.[18])

III. Die Verpflichtungen des Genossenschafters gegen die Genossenschaft bestehen darin,

1. die statutenmässig bestimmten Eintrittsgelder zu bezahlen,

2. den in dem Statute festgestellten Geschäftsantheil spätestens zu den bestimmten Zeiten einzuzahlen.[19]) Der dem Genossenschafter gutgeschriebene Gewinntheil gilt einer von ihm geleisteten Zahlung gleich.

Dass der Genossenschafter verpflichtet sei, nach erfolgtem Abschreiben den Geschäftsantheil ganz oder theilweise nochmals einzuzahlen, kann im Statut bestimmt werden, ist aber andernfalls nicht anzuerkennen. Der in einer Generalversammlung gefasste Beschluss, alle Geschäftsantheile oder so viel von denselben abzuschreiben, dass sie absorbirt werden, ist entschieden statthaft.[20]) Aber wenn nun daneben beschlossen wird, neue Geschäftsantheile auszuschreiben, so müssen zwar Diejenigen, welche bis dahin ihre Geschäftsantheile noch nicht vollständig eingezahlt haben, das Fehlende allmälig in den im Statut festgestellten Raten einzahlen, sich auch gefallen lassen, dass ihr Geschäftsantheil durch Zuschrift der in späteren Geschäftsperioden gemachten Gewinne kompletirt werde, wogegen die Genossenschafter, welche zur Zeit jenes Abschreibens ihre Geschäfts-

---

[17]) R.O.H.G. XXIII S. 173: „Dieses Recht wird durch Feststellung der Dividende zu einem klagbaren Gläubigerrecht."

[18]) Ges. § 39 Abs. 2.

[19]) Nach dem Raiffeisen'schen System der Darlehnskassen wird ein Geschäftsantheil nicht eingezahlt.

[20]) R.O.H.G. XXIV S. 420. Die Generalversammlung des Meyener Kreditvereins hat am 31. Dezember 1876 beschlossen, wegen eines zweifelhaft gewordenen Guthabens an die in Fallimentszustand gerathene Düsseldorfer Gewerbebank die Summe von 47502 M. auf die Stammantheile abzuschreiben. — Das R.O.H.G. gestattete keine Anfechtung dieses Beschlusses; jedoch erscheint es bedenklich, den Genossenschaften die nicht genügend motivirte Ausübung dieses formell ihnen allerdings zustehenden Rechtes zu gestatten, sie können es dann leicht dazu benutzen, um den durch einen bloss drohenden Verlust zum Austritt geneigten Mitgliedern die Aussicht auf Rückempfang ihrer Geschäftsantheile abzuschneiden.

antheile schon vollständig eingezahlt hatten, neue Zahlungen zur Bildung eines neuen Geschäftsantheiles nur dann leisten müssen, wenn das Statut sie dazu verpflichtet. Andernfalls ist für sie die neue Einzahlung nur **fakultativ**, nicht **obligatorisch**,[21]) doch müssen sie sich gefallen lassen, dass die künftig zur Vertheilung kommenden Ueberschüsse ihnen gut geschrieben werden, um dadurch allmälig einen vollen Geschäftsantheil wieder zu erhalten. Zur Leistung jener fakultativen Einzahlung werden die Genossenschafter sich besonders dann veranlasst sehen, wenn die Gewinne nach Höhe der Geschäftsantheile zur Vertheilung kommen.[22])

IV. Die Verpflichtungen der Genossenschafter gegen die Gläubiger der Genossenschaft.

1. Das muss ausdrücklich im Gesellschaftsvertrage bestimmt werden, dass alle Genossenschafter für die Verbindlichkeiten der Genossenschaft solidarisch und mit ihrem ganzen Vermögen haften.[23])

---

[21]) Sicherer S. 308: „Die Genossenschaft hat nicht das Recht, von ihren Mitgliedern mehr zu verlangen, als die Einzahlung der durch den Gesellschaftsvertrag festgesetzten Beiträge.“ — Man darf hiergegen nicht einwenden, 1. dass möglicherweise die Genossenschaft ganz ohne Geschäftsantheile sich finde, denn diese Erscheinung ist nicht gegen das Gesetz, oder 2. es führe solcher Mangel zum Ruin der Genossenschaft; auch das ist nicht richtig. In dem in voriger Note erwähnten Falle des Meyener Kreditvereins besass derselbe einen nicht unbeträchtlichen Reservefonds, er wollte aber diesen Fonds zur Deckung eines gefürchteten Verlustes nicht heranziehen, zog es vielmehr vor, 47 502 M. — dies scheint die Gesammtsumme der Geschäftsantheile gewesen zu sein — abzuschreiben. Diese Maassregel war für die Genossenschaft jedenfalls bequem, indem sie nun den Mitgliedern, welche ihren Austritt im Jahre 1876 angekündigt hatten, nichts zu bezahlen brauchte. In dem in voriger Note erwähnten Rechtsfalle hatte Kläger, eines der ausgeschiedenen Mitglieder, sein Guthaben mit 200 Thalern gefordert, und gegen jenen Beschluss unter anderen Gründen angeführt, der Reservefonds hätte zur Deckung des befürchteten Verlustes verwandt werden können, er wurde aber damit nicht gehört. Der Meyener Kreditverein hatte somit Anfangs 1877 keine Geschäftsantheile, aber einen ansehnlichen Reservefonds. Die Raiffeisen'schen Darlehnskassenvereine sind stets in dieser Lage.

[22]) Endemann § 184 I sagt: „Zu den allgemeinen und selbstverständlichen Pflichten gehört die Beförderung des Assoziationszweckes, Unterlassung jeder Störung, statutengemässes Verhalten überhaupt. Die Befolgung derselben kann durch Androhung der Ausschliessung für den Fall der Verletzung oder auch durch andere Disziplinarmittel gesichert sein.“ — Dass der Genossenschafter zur Beförderung des Assoziationszweckes verpflichtet sei, ist nicht nachzuweisen. Wenn z. B. Mitglieder eines Kreditvereins ihre Ersparnisse nicht bei diesem, sondern vielleicht bei einer städtischen Sparkasse belegen, wenn sie ihre Wechsel nicht vom Kreditvereine, sondern von der Reichsbank diskontiren lassen, wenn Mitglieder eines Konsumvereins statt aus dem Lager desselben, von einem benachbarten Kaufmann Lebensmittel kaufen, so haben sie damit freilich die Förderung des Assoziationszweckes unterlassen, aber dass sie damit eine Pflicht verletzt hätten, kann nicht behauptet werden, jedenfalls ist eine solche Pflicht keine selbstverständliche. Dass die Befolgung der Pflichten, welche das Statut auflegt, durch Androhung der Ausschliessung gesichert sein kann, ist gesetzlich anerkannt. Ges. § 38 Abs. 3. Dass sie auch durch andere Disziplinarmittel gesichert sein könne, ist nicht zuzugeben, denn die Genossenschaft hat keine Disziplinargewalt gegen ihre Mitglieder. Die hiervon abweichenden Bestimmungen der Statuten sind ungültige. Parisius, Genossenschaftsgesetze S. 357 und voriger § Note 14.

[23]) Ges. § 3 Nr. 12. — Aber wenn auch diese Bestimmung im Statut fehlt, die

2. Diese Haftung ist eine direkte den Gläubigern gegenüber[24]) und kann von diesen gegen die Genossenschafter mittelst Klage oder Kompensation geltend gemacht werden.[25]).

3. Alle Genossenschafter haften, insoweit die Genossenschaftsgläubiger aus dem Genossenschaftsvermögen nicht befriedigt werden können, für die Ausfälle solidarisch mit ihrem ganzen Vermögen, ohne dass ihnen die Einrede der Theilung zusteht.

4. Diese Solidarhaft kann von den Gläubigern nur in fünf Fällen geltend gemacht werden:

a. wenn ein Konkursverfahren gegen die Genossenschaft stattgefunden und dasselbe durch Gerichtsbeschluss nach Abhaltung des Schlusstermins aufgehoben ist.[26]) Erst von diesem Tage an können die Konkursgläubiger, deren Forderungen festgestellt sind,[27]) wegen des in dem Verfahren erlittenen Ausfalles, einschliesslich der Zinsen und Kosten[28]) die einzelnen, ihnen solidarisch haftenden Genossenschafter in Anspruch nehmen. Den letzteren stehen Einwendungen nur gegen solche Forderungen zu, welche von dem Vorstande oder den Liquidatoren im Prüfungstermine ausdrücklich bestritten worden sind.[29])

b. wenn ein Konkursverfahren zwar eröffnet, aber nicht bis zum Ende durchgeführt ist, das Gericht vielmehr das Verfahren eingestellt hat, weil sich ergeben hat, dass eine den Kosten des Verfahrens entsprechende Konkursmasse nicht vorhanden ist.[30]) In Betreff der nunmehr gegen die Genossenschafter er-

---

Genossenschaft aber dennoch ihre Eintragung beantragt und erwirkt hat, so tritt diese Haftverbindlichkeit dennoch ein, da sie gesetzlich als absolute Norm festgestellt ist.

[24]) Im Gegensatz dazu haben die Genossenschaften nach dem kgl. sächsischen Gesetze, die juristischen Personen betreffend, vom 15. Juni 1868 § 61 der Genossenschaft soviel zu bezahlen, als zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist. Hier besteht demnach eine indirekte Haftung, der Gläubiger kann bloss gegen die Genossenschaft klagen, diese aber muss die nöthigen Summen von ihren Mitgliedern einziehen. Nach unserm Gesetze hat die Genossenschaft solches Forderungsrecht nicht, aber die Gläubiger haben direkt das Klagerecht gegen die Genossenschafter.

[25]) Ges. § 12 62, 63. Konkursordnung § 197.

[26]) Konkursordnung § 151.

[27]) Konkursordnung § 132 Abs. 1. „Eine Forderung gilt als festgestellt, soweit gegen sie im Prüfungstermine ein Widerspruch weder von dem Verwalter, noch von einem Konkursgläubiger erhoben wird, oder soweit ein erhobener Widerspruch beseitigt ist.“

[28]) Konkursordnung § 56: „Im Konkursverfahren können nicht geltend gemacht werden: 1. die seit der Eröffnung des Verfahrens laufenden Zinsen, 2. die Kosten, welche den einzelnen Gläubigern durch ihre Theilnahme an dem Verfahren erwachsen.“

[29]) Konkursordnung § 197. Ges. § 12 sagt: Diese Solidarhaft kann von einem Genossenschaftsgläubiger nur geltend gemacht werden, wenn im Falle des Konkurses die Voraussetzungen des § 51 vorliegen. — Dieser § 51 ist durch das Einführungsgesetz zur Konkursordnung § 3 Ziffer 1 aufgehoben; auch er enthielt die oben genannte Bestimmung in den Abs. 3, 5, 6, doch forderte Abs. 5, dass die Forderungen der Gläubiger im Konkurse angemeldet und verifizirt seien, während § 197 der Konkursordnung verlangt, dass sie festgestellt seien. Im Uebrigen ist durch die Aufhebung des § 51 unseres Gesetzes nur der Wegfall seiner ersten beiden Absätze herbeigeführt. Näheres darüber unten § 159.

[30]) Konkursordnung § 190.

hobenen Klage muss unterschieden werden, ob die jetzt geltend gemachte Forderung im Konkurse angemeldet war oder nicht. War sie nicht angemeldet, so kann daraus kein Einwand entnommen werden, da eine präklusivische Frist für die Anmeldung nicht besteht.[31]) War die Forderung angemeldet und festgestellt, so ist die Bestimmung des § 197 der Konkursordnung, dass den Genossenschaftern nur Einwendungen gegen solche Forderungen zustehen, welche von dem Vorstande oder den Liquidatoren im Prüfungstermine ausdrücklich bestritten worden sind, anzuwenden. Wurde aber das Konkursverfahren wegen mangelnder Masse eingestellt, ehe die angemeldete Forderung rechtskräftig festgestellt war, so kann der Genossenschafter unbeschränkt seine Einwendungen gegen die Forderung geltend machen.

c. die Genossenschaft hatte Liquidation beschlossen, diese ist auch ohne ein nachfolgendes Konkursverfahren zu Ende geführt, aber ein Genossenschaftsgläubiger hat seine Befriedigung nicht erhalten, weil er versäumt hatte, seine Forderung anzumelden, oder weil die Liquidatoren die für ihn ausgesetzte Summe unterschlagen haben.[32])

d. die Genossenschaft hatte Liquidation beschlossen, die Liquidatoren haben auch, weil das Vermögen der Genossenschaft zur Deckung ihrer Schulden nicht hinreichte und das Fehlende nicht eingezahlt wurde, pflichtgemäss[33]) die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Genossenschaft beantragt, der Antrag ist aber, weil nach dem Ermessen des Gerichts eine den Kosten des Verfahrens entsprechende Konkursmasse nicht vorhanden ist,[34]) abgewiesen. Der Gläubiger muss in diesem Falle zuerst gegen die Liquidatoren klagen und Exekution vollziehen lassen, es wäre denn, dass schon von anderen Gläubigern die Zwangsvollstreckung vergeblich erwirkt oder doch den Liquidatoren die ganze pfandbare Masse abgenommen worden.[35])

e. wenn die Genossenschaft weder in Konkurs gerathen, noch ihre Auflösung eingetreten ist, muss erst das ganze genossenschaftliche Aktivvermögen erschöpft sein, ehe die einzelnen Genossenschafter in Anspruch genommen werden können. Die Ueberschuldung, die Zahlungseinstellung, die Zahlungsunfähigkeit genügen nicht, um die Solidarhaft geltend zu machen, es muss konstatirt werden, dass gar kein exequirbares Vermögensobjekt der Genossenschaft vorhanden ist.

In allen fünf Fällen ist der Verklagte berechtigt, auch seine privaten Forderungsrechte gegen den Kläger im Wege der Kompensation geltend zu machen.

---

[31]) Die Versäumniss der Anmeldung innerhalb der Anmeldefrist bewirkt nur Kostenersatzpflicht. Konkursordnung § 130 Abs. 3. „Gläubiger, welche Forderungen nach dem Prüfungstermine anmelden, tragen die Kosten des besonderen Prüfungstermins."

[32]) Dieser Fall gehört zu den im Ges. § 12 Abs. 1 a. E. angedeuteten Fällen, „wenn die Eröffnung des Konkurses nicht erfolgen kann". Denn nach Vertheilung des Vermögens ist die Eröffnung des Konkurses ausgeschlossen. Konkursordnung § 193 Abs. 2 § 195 Abs. 2.

[33]) nach Ges. § 48.

[34]) Konkursordnung § 99.

[35]) Auch hier ist die Voraussetzung des Ges. § 12 Abs. 1 a. E. vorhanden.

V. Die Verpflichtungen der Genossenschafter gegen andere Genossenschafter:

1. Sie müssen denjenigen Genossenschaftern, welche freiwillig nach eingetretener Liquidation die zur vollen Befriedigung der Gläubiger fehlende Summe zur Abwendung des Konkursverfahrens bezahlt haben, Ersatz leisten. Diejenigen Genossenschafter, welche jene fehlenden Summen den Liquidatoren eingehändigt haben, sind dadurch nicht Gläubiger der Genossenschaft geworden, das Geld ist weder als ein für dieselbe gegebenes Darlehn zu betrachten, noch liegt in jener Hingabe eine negotiorum gestio für die Genossenschaft, welche dadurch ersatzpflichtig werden würde. Die Einzahlung soll nach dem Ges. § 48 bewirken, dass die Aktivmasse hinreiche, die Passiva zu decken; dieser Zweck würde aber, wenn man die Genossenschaft zum Ersatz der eingezahlten Summen verpflichtet erachtete, gar nicht erreicht werden können, indem dann nur an die Stelle der Kreditoren, welche nunmehr befriedigt werden können, andere Gläubiger eintreten würden. Verpflichtet, das bei der Liquidation sich ergebende Defizit zu decken, sind nach § 9 Abs. 2 a. E. die Genossenschafter, das Defizit soll gleichmässig nach Köpfen von sämmtlichen Genossenschaftern aufgebracht werden. Eine Klage auf Erfüllung dieser Verbindlichkeit hat weder der Vorstand, noch können die Liquidatoren hierauf klagen. Letztere können nach § 48 des Ges. die Genossenschafter nur zu veranlassen suchen, freiwillig das Defizit einzuzahlen. Wer dies nun thut, erfüllt damit eine Gesellschaftspflicht, und kann von seinen Gesellschaftern mit der actio pro socio Ersatz fordern und zwar so viel, dass er nicht mehr einbüsse, als sein Gesellschafter.[36])

2. Dasselbe gilt, wenn im Konkurse oder, wenn ein Konkursverfahren nicht möglich, ein Vertheilungsverfahren stattfindet. Wer hier wegen Insolvenz seiner Mitgenossenschafter mehr wie seinen Kopftheil bezahlen musste und bezahlt hat, muss für berechtigt gehalten werden, für das seinen Kopftheil Ueberschiessende von Denen, welche Nichts oder weniger gezahlt haben, als der erstere, verhältnissmässigen Ersatz zu fordern, denn das Defizit wird nach Köpfen von den Genossenschaftern aufgebracht.[37])

3. Aus demselben Grunde muss der Genossenschafter, welcher auf Erfüllung seiner Solidarverbindlichkeit von den Genossenschaftsgläubigern verklagt ist, oder auch, ohne verklagt zu sein, diese Verbindlichkeit erfüllt hat, berechtigt sein, Ersatz von seinen Mitgenossen zu fordern.

4. Das Genossenschaftsgesetz hat für diese Regresspflicht eine solidarische Haftung nicht festgestellt. Der Genossenschafter muss sich darum zunächst damit begnügen, Kopftheile von den übrigen Genossenschaftern zu fordern. Da aber der Umstand, dass manche von ihnen unfähig sind, solchen Ersatz zu leisten, nicht ihm ausschliesslich zur Last fallen kann, so muss auch dieser Nachtheil von den übrigen Genossenschaftern mitgetragen werden.

5. Das Gesetz enthält im § 9 Abs. 3 nur eine einzige Beschränkung:

„Genossenschafter, welche auf ihre Geschäftsantheile die ihnen statuten-

---

[36]) Schulze-Delitzsch, Streitfragen im deutschen Genossenschaftsrecht. Leipzig 1880. S. 19—27.

[37]) Ges. § 9 Abs. 2 a. E.

mässig obliegenden Einzahlungen geleistet haben, können von anderen Genossenschaftern nicht aus dem Grunde, weil letztere auf ihre Antheile mehr eingezahlt haben, im Wege des Rückgriffs in Anspruch genommen werden, sofern nicht der Gesellschaftsvertrag ein Anderes festsetzt."[38])

---

[38]) Es kann während des Bestehens der Genossenschaft vorkommen, dass zur Deckung eingetretener Verluste alle Geschäftsantheile ganz oder zu einer bestimmten Quote abgeschrieben werden, ferner werden nach eingetretener Liquidation erst nach Bezahlung sämmtlicher Schulden die Geschäftsantheile zurückgezahlt Ges. § 47. Bleibt nach Bezahlung der Schulden Nichts oder weniger, als die Geschäftsantheile betragen, übrig, so verlieren die Genossenschafter ihre Geschäftsantheile ganz oder theilweise. — Die hier eintretende scheinbare Ungleichheit der Rechte findet darin ihre Rechtfertigung, dass auch die Gewinne gesetzlich nach Höhe der Geschäftsantheile zur Vertheilung kommen. Die Statuten können das Eine wie das Andere anders bestimmen.

VIII. Aufhebung der Genossenschaft.

§ 158.

A. Durch Zeitablauf, Beschluss, richterliches Urtheil, Ausscheiden.

Die Genossenschaft wird aufgelöst:

1. durch Ablauf der im Gesellschaftsvertrage bestimmten Zeit.[1] Der Zeitlauf beginnt mit dem im Gesellschaftsvertrage festgesetzten Zeitpunkte. Ist solcher nicht angegeben, so läuft die Zeit von dem Tage der Eintragung in das Genossenschaftsregister, nicht von dem Tage des Abschlusses des Gesellschaftsvertrags, da anzunehmen ist, die Genossenschaft habe die angegebene Zeit hindurch als eingetragene Genossenschaft bestehen wollen. Sie endet mit dem Ablauf des letzten Tages des angegebenen Zeitraums.[2] Das Ende tritt von selbst ein, d. h. auch ohne einen darauf gerichteten Beschluss. Wenn ein solcher dennoch in der Generalversammlung gefasst wird, so konstatirt derselbe nur den Ablauf der vertragsmässig festgestellten Dauer und den Eintritt der Genossenschaft in das Stadium der Liquidation.

Der Beschluss, die Genossenschaft solle ungeachtet des Ablaufs der festgesetzten Zeit nicht aufgelöst werden, sondern fortdauern, kann nur die Bedeutung haben, es solle eine neue Genossenschaft an die Stelle der alten treten, mit allen Rechten und Verpflichtungen der letztern, und zwar entweder wiederum auf eine fest bestimmte, oder nunmehr auf eine unbestimmte Zeit. Die Entstehung einer neuen Genossenschaft kann aber nicht durch Mehrheitsbeschluss in der Generalversammlung erfolgen, erfordert vielmehr, wie jede Errichtung einer Genossenschaft, die schriftliche Erklärung aller Mitglieder. Diejenigen, welche in die neue Genossenschaft nicht eintreten wollen, haben das Recht, nicht blos ihre Geschäftsantheile, wie sie sich aus den Büchern ergeben, sondern auch je einen Kopftheil vom Reservefonds und von dem sonstigen Vermögen der Genossenschaft zu fordern, d. i. alles dasjenige, was sie bei eintretender Liquidation zu fordern berechtigt sein würden, und werden für die von der neuen

[1] Ges. § 34 Ziffer 1.

[2] v. Sicherer S. 273.

Genossenschaft eingegangenen Verbindlichkeiten nicht verpflichtet; sie sind nicht als austretende, sondern als nicht eintretende Genossenschafter zu behandeln.[3]) Der Beschluss, dass die Genossenschaft auf bestimmte oder unbestimmte Zeit fortgesetzt werden soll, ist vom Vorstande nebst dem neuen Mitgliederverzeichnisse dem Gerichte einzureichen, und von diesem bekannt zu machen, dass die alte Genossenschaft aufgelöst, die neue an ihre Stelle getreten sei.

Eine stillschweigende Verlängerung des Gesellschaftsvertrags ist nicht anzuerkennen. Werden nach Ablauf der festgesetzten Zeit dennoch die Geschäfte vom Vorstande fortgesetzt, so wird nur der Vorstand selbst aus solchen Geschäften verpflichtet, nicht die Genossenschaft, auch nicht die anderen Genossenschafter.

Die Genossenschaft wird ferner aufgelöst:

2. durch Beschluss derselben in der Generalversammlung. Zur Gültigkeit dieses Beschlusses genügt, wenn das Statut es nicht anders bestimmt hat, einfache Mehrheit in einer Generalversammlung, welche mit Angabe des Zweckes, über die Auflösung zu beschliessen, gültig berufen ist. Dass solcher Beschluss genügt, ergibt sich daraus, dass das Gesetz ausdrücklich bestimmt hat, die Genossenschaft werde durch einen Beschluss der Genossenschaft aufgelöst, [4]) dass ferner Beschluss der Genossenschaft etwas anderes ist, als Einwilligung aller Genossenschafter, und dass zu jenem Beschlusse einfache Stimmenmehrheit der auf Zusammenberufung erschienenen Genossenschafter genügt, wenn nicht der Gesellschaftsvertrag andere Erfordernisse festgestellt hat. [5]) Der für die entgegenstehende Ansicht[6]) geltend gemachte Grund, der Auflösungsbeschluss habe die Aufhebung des Gesellschaftsvertrages zum Gegenstande, und könne

---

[3]) Damit erledigen sich die Einwendungen v. Sicherer's S. 274, welcher den Beitritt aller Mitglieder der bisherigen Genossenschaft deshalb fordert, weil sie 1. den aus dem Gesellschaftsvertrage sich ergebenden Anspruch auf Ausantwortung ihres Gesellschaftsantheiles (§ 47 lit. b. c. des Gesetzes) zu Gunsten der fortgesetzten Genossenschaft aufgeben müssen, 2. die persönliche, unbeschränkte und solidarische Haftung für die neu entstehenden Verbindlichkeiten der fortgesetzten Genossenschaft übernehmen, 3. der Austritt würde einem Gesellschafter keine Abhülfe gewähren, einmal, weil der Austretende nicht den Anspruch auf seinen vollen Antheil am Gesellschaftsvermögen, wie er sich bei der Auflösung ergeben würde, geltend machen könne (Ges. § 39 Abs. 2), sodann, weil der Austritt nicht augenblicklich, sondern nur in bestimmten Zeiträumen erfolgen könne (Ges. § 38 Abs. 2), bis zum Austritt aber die Haftung für die neu entstehenden Verbindlichkeiten der Genossenschaft fortdauere.

[4]) Ges. § 34 Ziffer 2.

[5]) Ges. § 3 Ziffer 10.

[6]) v. Sicherer S. 274. — Gareis, das deutsche Handelsrecht S. 177 behauptet, der Auflösungsbeschluss müsse im Zweifel ein einstimmiger sein; das könnte heissen, die in der Generalversammlung erschienenen Genossenschafter müssten einstimmig den Auflösungsbeschluss fassen, es sei also eine Zustimmung der nicht erschienenen Mitglieder nicht nöthig. Aber der von ihm angeführte Grund, „denn auch eine Minderheit der Genossenschafter kann die Genossenschaft fortsetzen“, führt nicht zu solcher Beschränkung. Dass die Minderheit die Genossenschaft fortsetzen kann, wenn die Mehrheit gestorben oder durch Austrittserklärung ausgeschieden ist, unterliegt keinem Bedenken. Aber ein Auflösungsbeschluss der Genossenschaft ist nicht identisch mit der Austrittserklärung der Mehrheit.

daher, wie die Aufhebung eines jeden Vertrages, nur unter Mitwirkung aller an dem Vertrage Betheiligten erfolgen, passt überall nicht für Gesellschaftsverträge, da die Absicht der Kontrahenten bei diesen Verträgen niemals darauf gerichtet ist, dass der Vertrag ein ewig dauernder sein solle.[7])

Der einmal gefasste Auflösungsbeschluss ist **unwiderruflich.** Derselbe muss zwar durch den Vorstand zur Eintragung in das Genossenschaftsregister angemeldet, und die Auflösung muss zu drei verschiedenen Malen durch die für die Bekanntmachungen der Genossenschaft bestimmten Blätter bekannt gemacht werden;[8]) aber diese Anzeige, Eintragung, Bekanntmachung, bedingen nicht die Gültigkeit des Auflösungsbeschlusses. Derselbe muss auch, wie jeder andere in der Generalversammlung gefasste Beschluss in das Protokollbuch eingetragen werden,[9]) aber die Gültigkeit des Beschlusses ist unabhängig von der Beobachtung dieser Vorschrift.[10])

Durch den Auflösungsbeschluss gewinnt jeder Genossenschafter ein Recht auf die nunmehr vorzunehmende Liquidation. Sollte in derselben oder in einer später berufenen Generalversammlung beschlossen werden, den Auflösungsbeschluss aufzuheben, so gilt dies als ein Beschluss, eine neue Genossenschaft zu gründen, und es treten darum dieselben Wirkungen ein, wie sie oben unter Ziffer 1 Abs. 2 angegeben sind.

3. durch Eröffnung des Konkurses. Darüber folg. Paragraph.

4. durch gerichtliches Erkenntniss. Dies kann in zwei Fällen, auf Betreiben der höheren Verwaltungsbehörde, von dem Gerichte, bei welchem die Genossenschaft ihren ordentlichen Gerichtsstand hat, erfolgen:

a. wenn die Genossenschaft sich gesetzwidriger Handlungen oder Unterlassungen schuldig gemacht hat, durch welche das Gemeinwohl gefährdet wird, oder wenn sie andere als die im Gesetze (§ 1) bezeichneten geschäftlichen Zwecke verfolgt; ein Anspruch auf Entschädigung findet nicht statt.[11]) Die Auflösung muss vom erkennenden Gerichte, wenn nicht dieses selbst das

---

[7]) Selbst für die offene Handelsgesellschaft bestimmt das H.G.B. Art. 123 letzter Abs.: „Eine auf Lebenszeit eingegangene Gesellschaft ist als eine Gesellschaft von unbestimmter Dauer zu betrachten.“ — Verlangte man, wie v. Sicherer es thut, zur Gültigkeit des Auflösungsbeschlusses einen einhelligen Beschluss sämmtlicher Genossenschafter, so würden die grösseren Genossenschaften selten in die Lage kommen, ihre Auflösung beschliessen zu können, da sich unter einer grossen Zahl leicht eine Person finden wird, welche bloss aus Lust am Widerspruch ihre Mitwirkung versagt.

[8]) Ges. § 36 Abs. 1.

[9]) Ges. § 33 Abs 2.

[10]) Parisius, Die Genossenschaftsgesetze S. 339.

[11]) Ges. § 35 Abs. 1, 2. — Unerlaubte Handlungen oder Unterlassungen des Vorstandes dürfen nicht als solche der Genossenschaft betrachtet werden. Nur wenn diese sich auf einen Beschluss der Generalversammlung stützen, gelten sie als gesetzwidrige Handlungen oder Unterlassungen der Genossenschaft. Es wird also zweierlei gefordert werden müssen: Beschluss der Generalversammlung, und Ausführung des Beschlusses durch den Vorstand. Letzterer braucht den Beschluss nicht auszuführen.

Registergericht ist, diesem zur Eintragung und Veröffentlichung mitgetheilt werden.[12])

b) wenn sozialdemokratische, sozialistische oder kommunistische, auf den Umsturz der bestehenden Staats- oder Gesellschaftsordnung gerichtete Bestrebungen in einer den öffentlichen Frieden, insbesondere die Eintracht der Bevölkerungsklassen gefährdenden Weise zu Tage treten.

Die einzelnen unter a) bemerkten Rechtssätze kommen auch hier zur Anwendung.[13])

5. wenn von sämmtlichen Genossenschaftern nur noch Einer übrig bleibt, indem alle übrigen ausgeschieden sind, ohne dass sie durch ihre Erben oder andere neu aufgenommene Mitglieder ersetzt werden, so muss die Genossenschaft als beendet betrachtet werden. Das Vermögen derselben wird jetzt Privatvermögen dieses Letzten der Genossenschafter.[14]) Dass dasselbe eintrete, wenn noch zwei Mitglieder vorhanden sind, ist nicht anzuerkennen.

§ 159.

B. Durch Konkurs.

1. Ein Konkursverfahren gegen die Genossenschaft erfolgt auf Antrag des Vorstandes, der Liquidatoren oder eines Gläubigers. Ohne solchen Antrag wird das Verfahren nicht eröffnet.[1])

2. Verpflichtet zur Stellung des Antrages sind nur die Liquidatoren, und auch diese nur in dem einen im § 48 des Genossenschafts-Gesetzes angegebenen Falle. Sobald sich nämlich aus der von ihnen gleich beim Beginne ihrer Verwaltung oder aus einer später von ihnen aufgestellten Bilanz ergibt, dass das Vermögen der Genossenschaft (einschliesslich des Reservefonds und der Geschäftsantheile der Genossenschafter) zur Deckung der Schulden der Genossenschaft nicht hinreicht, so müssen sie eine Generalversammlung berufen und derselben die Summe des Defizits mittheilen, und wenn binnen acht Tagen nach der Generalversammlung der zur Deckung des Ausfalls erforderliche Betrag von Genossenschaftern nicht eingezahlt wird, bei dem Amtsgerichte [2]) die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Genossenschaft beantragen.

---

[12]) Ges. § 35 Abs. 3.

[13]) Reichsgesetz vom 21. Okt. 1878 § 2. Ueber dasselbe Gareis, Kommentar in Hirth's Annalen des deutschen Reichs, 1879, S. 298 u. f. — Nach § 30 des Gesetzes sollte dasselbe bis zum 31. Oktober 1881 gelten. Durch das Reichsgesetz vom 31. Mai 1880 (Reichsgesetzblatt Nr. 12) § 2 ist dasselbe bis zum 30. Sept. 1884 verlängert.

[14]) Parisius S. 338.

[1]) Konkursordnung § 95.

[2]) Ges. § 48. Nach demselben soll der Antrag bei dem Handelsgericht gestellt werden. Nur diese Bestimmung ist im Einführungsgesetze zur Konkursordnung § 3 Ziffer 1 aufgehoben. — Das Gesetz schreibt beide Handlungen — Berufung der Generalversammlung und Antrag auf Konkurseröffnung — den Liquidatoren „bei eigener Verantwortlichkeit“ vor. Diese ist eine privatrechtliche, indem die Gläubiger, welche durch spätere Zahlungen an andere Kreditoren geschädigt werden sollten, Anspruch

3. Nach dem Gesetze § 51 Abs. 2 musste auch die Zahlungseinstellung vom Vorstande, und wenn sie nach eingetretener Liquidation erfolgte, von den Liquidatoren zum Zwecke der Eröffnung des Konkursverfahrens angezeigt werden. Dieser § 51 ist aber durch das Einführungsgesetz zur Konkursordnung § 3 Ziffer 1 aufgehoben. Nach der Konkursordnung ist eine **Verpflichtung** des Vorstandes und der Liquidatoren, die Zahlungseinstellung behufs Eröffnung des Konkursverfahrens dem Gerichte anzuzeigen, nicht mehr vorhanden. Es lässt sich auch aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen eine solche Verpflichtung nicht ableiten. Denn die Zahlungseinstellung kann die Folge blos vorübergehenden Geldmangels sein, und schliesst die Erwartung nicht aus, dass schon nach kurzer Zeit die Genossenschaft in die Lage versetzt werde, die ihr obliegenden Verbindlichkeiten der Zahlung wieder erfüllen zu können.

4. Der Vorstand und die Liquidatoren sind aber **berechtigt,** wegen erfolgter **Zahlungseinstellung** die Eröffnung des Konkurses zu beantragen. [3]) Wenn nicht **alle** Vorstandsmitglieder oder nicht **alle** Liquidatoren den Antrag gestellt haben, so hat das Gericht zunächst die übrigen Mitglieder des Vorstandes oder die übrigen Liquidatoren über den gestellten Antrag zu vernehmen. [4]) Demselben ist stattzugeben, wenn die **Zahlungsunfähigkeit** glaubhaft gemacht wird. [5])

Der Vorstand und die Liquidatoren haben vor Stellung jenes Antrages eine Generalversammlung zu berufen, und in derselben Vorschläge zur Abwendung des Konkursverfahrens selbst zu machen oder die Genossenschafter zu geeigneten Vorschlägen aufzufordern. [6]) Doch hat das Gericht bei Prüfung des gestellten

auf Schadensersatz erheben können. Dies ist freilich, wenn Genossenschafter das Amt der Liquidatoren verwaltet haben, ohne praktische Bedeutung, da sie ja ohnehin als Genossenschafter jedem Gläubiger der Genossenschaft solidarisch verpflichtet sind. Dagegen kann, wenn andere Personen das Amt der Liquidatoren verwaltet haben, dieser Rechtssatz praktisch bedeutend werden, vorausgesetzt, dass die Kreditoren weder aus dem Genossenschaftsvermögen, noch von den Genossenschaftern ihre Befriedigung erlangen können.

Das Registergericht kann aber auch die Liquidatoren durch Ordnungsstrafe zur Erfüllung dieser Verbindlichkeit anhalten. Ges. § 66.

[3]) Konkursordnung §§ 194, 195.

[4]) Konkursordnung § 194 Abs. 2, § 195 Abs. 2.

[5]) Blosse Ueberschuldung genügt nicht. Zwar verweist die Konkursordnung § 195 Abs. 2 auf den vorhergehenden Paragraphen. „Die Vorschriften der §§ 193 Abs. 2, 194 finden entsprechende Anwendung“, und in diesem § 194, der von dem Konkurse über das Vermögen einer Aktiengesellschaft handelt, ist gesagt, der Antrag sei zuzulassen, „wenn die Zahlungsunfähigkeit oder Ueberschuldung glaubhaft gemacht wird.“ Die letzte Alternative ist auf Grund der Vorschrift des H.G.B. Art. 240 aufgenommen, kommt aber nur bei den Aktiengesellschaften, nicht auch bei den Genossenschaften, zur Anwendung.

[6]) Ges. § 31 Abs. 2. „Eine Generalversammlung der Genossenschafter ist ausser den im Gesellschaftsvertrage ausdrücklich bestimmten Fällen zu berufen, wenn dies im Interesse der Genossenschaft erforderlich erscheint.“ — Im Interesse der Genossenschaft liegt es aber unter allen Umständen, den Konkurs und die dadurch entstehenden bedeutenden Kosten zu ersparen, welche nach Beendigung des Konkurses den Genossenschaftern allein zur Last fallen. Es muss daher versucht werden, dass die Genossen-

Antrages nicht zu untersuchen, ob die Antragsteller diesen Requisiten genügt haben.

5. Die Vorstandsmitglieder sind auch berechtigt, wegen Zahlungsunfähigkeit der Genossenschaft die Eröffnung des Konkurses zu beantragen, wenngleich eine Zahlungseinstellung vorher nicht erfolgt war. Die oben unter 4 genannten Rechtssätze gelten auch für diesen Fall.

6. Der Konkurs kann auch auf Antrag eines Gläubigers der Genossenschaft erkannt werden. [7]) Der Antrag ist zuzulassen, wenn die Forderung des Gläubigers und die Zahlungsunfähigkeit der Genossenschaft glaubhaft gemacht werden. Zunächst sind die Mitglieder des Vorstandes oder die Liquidatoren zu hören, und wenn diese dem Antrage entgegentreten, vom Gerichte zu erkennen.

7. Im Konkurse wird die Genossenschaft durch ihren Vorstand oder durch die Liquidatoren vertreten. Diese haben eine sorgfältige Prüfung der angemeldeten Forderungen vorzunehmen, und die nicht begründeten im Prüfungstermine ausdrücklich zu bestreiten. Es ist dies von grosser Bedeutung, weil die Konkursordnung § 197 bestimmt: „Nach der Aufhebung des Konkursverfahrens sind die Konkursgläubiger, deren Forderungen festgestellt worden sind, berechtigt, wegen des in dem Verfahren erlittenen Ausfalls, einschliesslich der Zinsen und Kosten, die einzelnen ihnen solidarisch haftenden Genossenschafter in Anspruch zu nehmen. Den Letzteren stehen Einwendungen nur gegen solche Forderungen zu, welche von dem Vorstande oder den Liquidatoren im Prüfungstermin ausdrücklich bestritten worden sind."

8. Ein Zwangsvergleich im Konkurse der Genossenschaft findet nicht statt. [8])

9. Die Strafvorschriften der §§ 209—211 der Konkursordnung [9]) finden gegen die Mitglieder des Vorstandes und gegen die Liquidatoren einer ein-

---

schafter die fehlenden Mittel herbeischaffen, um die Zahlungen wieder aufnehmen zu können.

[7]) Konkursordnung § 97.

[8]) Konkursordnung § 196 Abs. 2.

[9]) Konkursordnung § 209: „Schuldner, welche ihre Zahlungen eingestellt haben, oder über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, werden wegen betrügerischen Bankerutts mit Zuchthaus bestraft, wenn sie in der Absicht, ihre Gläubiger zu benachtheiligen,

1. Vermögensstücke verheimlicht oder bei Seite geschafft haben,
2. Schulden oder Rechtsgeschäfte anerkannt oder aufgestellt haben, welche ganz oder theilweise erdichtet sind,
3. Handelsbücher zu führen unterlassen haben, deren Führung ihnen gesetzlich oblag, oder
4. ihre Handelsbücher vernichtet oder verheimlicht oder so geführt oder verändert haben, dass dieselben keine Uebersicht des Vermögenszustandes gewähren.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnissstrafe nicht unter drei Monaten ein."

§ 210: „Schuldner, welche ihre Zahlungen eingestellt haben, oder über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, werden wegen einfachen Bankerutts mit Gefängniss bis zu zwei Jahren bestraft, wenn sie

getragenen Genossenschaft, welche ihre Zahlungen eingestellt hat, oder über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, Anwendung, wenn sie in dieser Eigenschaft die mit Strafe bedrohten Handlungen begangen haben.[10])

Ueber das dem Konkursverfahren sich anschliessende Vertheilungsverfahren vgl. § 161.

---

1. durch Aufwand, Spiel oder Differenzhandel mit Waaren oder Börsenpapieren übermässige Summen verbraucht haben oder schuldig geworden sind,

2. Handelsbücher zu führen unterlassen haben, deren Führung ihnen gesetzlich oblag, oder dieselben verheimlicht, vernichtet oder so unordentlich geführt haben, dass sie keine Uebersicht ihres Vermögenszustandes gewähren, oder

3. es gegen die Bestimmung des Handelsgesetzbuchs unterlassen haben, die Bilanz ihres Vermögens in der vorgeschriebenen Zeit zu ziehen."

§ 211. „Schuldner, welche ihre Zahlungen eingestellt haben, oder über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, werden mit Gefängniss bis zu zwei Jahren bestraft, wenn sie, obwohl sie ihre Zahlungsunfähigkeit kannten, einem Gläubiger in der Absicht, ihn vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen, eine Sicherung oder Befriedigung gewährt haben, welche derselbe nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte."

[10]) Konkursordnung § 214.

IX. Die Liquidation.

§ 160.

1. Hat die Genossenschaft ihre Auflösung beschlossen, oder ist sie durch Zeitablauf beendigt, oder durch richterliches Urtheil aufgelöst worden, so tritt sie in das Stadium der Liquidation. Nur wenn sie, ohne vorher in Liquidation getreten zu sein, in Konkurs geräth, findet keine Liquidation statt. [1])

2. Die Genossenschaft gilt auch während der Liquidation noch als fortdauernd. Sie behält ihren Vorstand, ihren Aufsichtsrath, ihre Generalversammlung. Ein Eintritt neuer Mitglieder findet aber nicht mehr statt, ebensowenig ein freiwilliger Austritt oder eine Ausschliessung von Mitgliedern. Die Rechte und Verpflichtungen der seit der Auflösung gestorbenen Mitglieder gehen auf ihre Erben über. Die Fortdauer der Rechtspersönlichkeit während der Liquidation hat nur den Zweck, die Befriedigung der Gläubiger und eine Auseinandersetzung unter den Genossenschaftern zu bewirken.

3. Sie kann daher auch während der Liquidation Vermögensrechte aller Art erwerben, Rechtsgeschäfte abschliessen und sich durch dieselben verpflichten. Letzteres leidet nur die aus dem Zwecke der Liquidation abgeleitete Beschränkung, dass die Liquidatoren neue Geschäfte nur zum Zwecke der Beendigung schwebender Geschäfte eingehen können, [2]) und dass sie ferner unbewegliche Sachen nur durch öffentliche Versteigerung veräussern dürfen, wenn nicht der Gesellschaftsvertrag oder ein Beschluss der Genossenschaft den freihändigen Verkauf gestattet. [3]) Dieser Beschluss erfordert nur Stimmenmehrheit

---

[1]) Ges. § 40.

[2]) Ges. § 43 Abs. 1. „Die Liquidatoren haben die laufenden Geschäfte zu beendigen, die Verpflichtungen der aufgelösten Genossenschaft zu erfüllen, die Forderungen derselben einzuziehen und das Vermögen der Genossenschaft zu versilbern; sie haben die Genossenschaft gerichtlich und aussergerichtlich zu vertreten, sie können für dieselbe Vergleiche schliessen und Kompromisse eingehen. Zur Beendigung schwebender Geschäfte können die Liquidatoren auch neue Geschäfte eingehen." — Auch wenn durch das neue Geschäft nicht eine vollständige Erledigung des bestehenden Rechtsverhältnisses herbeigeführt wird. Entsch. d. R.G. IV S. 61 u. f.

[3]) Ges. § 43 Abs. 2. „Die Veräusserung unbeweglicher Sachen kann durch die Liquidatoren, sofern nicht der Gesellschaftsvertrag oder ein Beschluss der Genossenschaft anders bestimmt, nur durch öffentliche Versteigerung bewirkt werden."

in der Generalversammlung, wenn das Statut nicht eine andere Vorschrift hierüber enthält.[4])

Andere Beschränkungen in der Vertretungsbefugniss der Liquidatoren haben gegen dritte Personen keine rechtliche Wirkung,[5]) der Genossenschaft gegenüber haben die Liquidatoren bei ihrer Geschäftsführung den von der Generalversammlung gefassten Beschlüssen Folge zu geben, und sind für den durch ihr Zuwiderhandeln entstandenen Schaden persönlich und solidarisch verpflichtet.[6])

4. Die Liquidation erfolgt durch den Vorstand, wenn nicht dieselbe durch den Gesellschaftsvertrag oder einen Beschluss der Genossenschaft an andere Personen übertragen ist.[7]) Geschieht letzteres, so hat der Vorstand, von jetzt an, die Genossenschaft nicht ferner gerichtlich und aussergerichtlich zu vertreten, aber seine sonstigen Rechte und Verpflichtungen bleiben bestehen.

5. Der Vorstand hat die Liquidatoren zur Eintragung in das Genossenschaftsregister anzumelden, ohne Unterschied, ob er selbst oder ob andere Personen als Liquidatoren bestellt sind. Auch das Ausscheiden eines Liquidators und der Eintritt neuer ist vom Vorstande zur Eintragung anzumelden und vom Registergerichte bekannt zu machen.[8]) Die Liquidatoren haben ihre Unterschrift persönlich vor dem Gerichte zu zeichnen oder die Zeichnungen in beglaubigter Form einzureichen.[9]) Sind mehrere Liquidatoren vorhanden, so können sie die zur Liquidation gehörenden Handlungen mit rechtlicher Wirkung nur in Gemeinschaft vornehmen, sofern nicht ausdrücklich bestimmt ist, dass sie einzeln handeln können.[10])

6. Wenn dritte Personen Rechtshandlungen nach eingetretener Liquidation noch mit dem Vorstande, welcher nicht Liquidator ist, vornehmen, oder mit den Liquidatoren ein Rechtsgeschäft abschliessen, welches kein Abwicklungsgeschäft ist, oder mit einem ausgeschiedenen Liquidator eine Rechtshandlung vornehmen, so braucht die Genossenschaft solche Handlungen nur in den Art. 25 und 46 des H.G.B. bezeichneten Fällen anzuerkennen.[11])

---

[4]) v. Sicherer S. 292 fordert hier Zustimmung aller Genossenschafter. Der für diese Ansicht geltend gemachte Grund, dass von der Erzielung eines grösseren oder geringeren Erlöses das Vermögen jedes einzelnen Genossenschafters betroffen werde, ist nicht zutreffend; man kann ja nicht annehmen, die Generalversammlung habe den freihändigen Verkauf beschlossen, um dadurch Aufopferungen vorzunehmen, sondern zu dem Zwecke, das Beste der Genossenschafter dadurch zu fördern. Ist den Liquidatoren der freihändige Verkauf gestattet, so können die Grundstücke an Personen verkauft werden, welche eine Aktiengesellschaft gründen und dieser die Grundstücke erwerben wollen, aber dieselben nur bedingt kaufen wollen, wenn die Aktiengesellschaft zu Stande kommt. Bei einem meistbietenden Verkaufe kann ein solcher bedingter Abschluss nicht erfolgen, und müsste dann vielleicht zu einem niedrigeren Preise der Verkauf realisirt werden.

[5]) Ges. § 44.

[6]) Ges. § 46.

[7]) Ges. § 40.

[8]) Ges. § 41, 42.

[9]) Ges. § 41 Abs. 1.

[10]) Ges. § 42 Abs. 2.

[11]) Ges. § 42 Abs. 1.

7. Die Liquidatoren haben vor Allem dahin zu sehen, dass weder eine Ueberschuldung, wenn solche eingetreten ist, fortbestehe, noch dass die Genossenschaft in den Zustand der Zahlungsunfähigkeit gerathe. Wird erstere durch eine von den Liquidatoren aufgestellte Bilanz sichtbar, so müssen sie sofort eine Generalversammlung berufen, um die Ergänzung des ungenügenden Aktivbestandes zu bewirken.[12]) Damit keine Zahlungsunfähigkeit eintrete, müssen die Liquidatoren die ausstehenden Forderungen so zeitig eintreiben und die Aktivbestände veräussern, dass sie die fälligen Schulden zur Zeit ihrer Fälligkeit bezahlen können [13]). Soweit ihnen dies durch Einkassirung und Verkauf nicht möglich ist, können sie nicht bloss Prolongationsverträge mit den Gläubigern abschliessen, sondern auch die nöthigen Gelder anleihen, auch Faustpfand geben und Hypothek an Grundstücken bestellen. [14])

8. Die Liquidatoren haben diejenigen Gelder, welche bei dem Beginne der Liquidation vorhanden sind und die im Laufe derselben eingehenden Gelder in folgender Reihe zu verwenden:[15])

a. es werden die Gläubiger der Genossenschaft zur Zeit, wo ihre Forderungen fällig geworden sind, befriedigt. Es macht keinen Unterschied, ob der Gläubiger ein Genossenschafter ist oder nicht. Nicht blos die von den ersteren gegebenen Darlehen und die dafür zu zahlenden Zinsen, sondern auch ihre sonstigen Forderungen aus Verträgen, und die den ausgeschiedenen Genossenschaftern und den Erben der verstorbenen Mitglieder nach den in der Generalversammlung über die Gewinnvertheilung gefassten Beschlüssen zukommenden Gelder sind in dieser ersten Reihe zu berichtigen, die fälligen vor den später fällig werdenden. Die Summe der noch nicht fälligen Forderungen ist aufzubewahren.

b. Was dann noch übrig bleibt, wird verwandt zur Rückzahlung der Geschäftsantheile, wie sich diese in Folge der gemachten Einzahlungen, sowie des Ab- und Zuschreibens von Gewinn und Verlust gebildet haben. Reicht die

---

[12]) Ges. § 48. Eine Auflage an die Genossenschafter, das Fehlende zu ergänzen, ist im Gesetze nicht gestattet. Sind die Genossenschafter oder etliche von ihnen vermögend genug, um die fehlende Summe herbeizuschaffen, so liegt es im Interesse der Genossenschaft, dass dies geschehe, da sonst der Konkurs beantragt werden muss, dessen Kosten schliesslich doch den Genossenschaftern zur Last fallen.

[13]) Ges. § 47 lit. a. Die Liquidatoren müssen die Gläubiger der Genossenschaft nach der Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigen. Der Umstand, dass die Genossenschaft im Stadium der Liquidation sich befindet, befreit sie nicht von ihrer Verpflichtung, ihre Schulden, sobald sie fällig geworden sind, zu bezahlen. Unterlässt sie dies, so können die Gläubiger klagen.

[14]) Dass hierzu Ermächtigung durch den Gesellschaftsvertrag oder durch einen Beschluss der Genossenschaft erforderlich sei, wie v. Sicherer S. 293 behauptet, ist nicht anzuerkennen, da das Gesetz eine solche Beschränkung nicht enthält. Wenn in der Generalversammlung beschlossen wird, eine Verpfändung oder Hypothekbestellung solle nicht ohne spezielle Ermächtigung geschehen, so bindet dies die Liquidatoren nur der Genossenschaft gegenüber, hindert aber nicht die Gültigkeit dieser ohne solche Ermächtigung vorgenommenen Handlungen.

[15]) Ges. § 47.

vorhandene Summe zur vollständigen Bezahlung dieser Beträge nicht aus, so wird eine gleichmässige Quote jedes dieser Geschäftsantheile bezahlt, sofern nicht der Gesellschaftsvertrag ein Anderes bestimmt hat. — Sind aber sämmtliche Geschäftsantheile bezahlt, so wird zunächst

c. der noch nicht berechnete Gewinn des letzten Geschäftsjahres ermittelt, d. h. der Periode, welche mit der Zeit beginnt, bis zu welcher die letzte Bilanz während des Bestehens der Genossenschaft aufgestellt und Beschluss über Gewinn- oder Verlust-Vertheilung gefasst war, und welche endet mit dem Eintritt der Liquidation. Diese Periode kann eine längere oder kürzere als ein Jahr sein. Die Vertheilung dieser Gewinne erfolgt, sofern der Gesellschaftsvertrag nicht eine andere Vertheilungsart festgestellt hat, nach der Höhe der Geschäftsantheile.

Das dann noch vorhandene Vermögen wird in Ermangelung anderer Vertragsbestimmungen **nach Köpfen** [16]) unter die Genossenschafter vertheilt. Darunter sind nicht blos die jetzt noch lebenden in der Genossenschaft gebliebenen Mitglieder zu verstehen, sondern auch die Erben der seit der Auflösung gestorbenen Mitglieder, welche an die Stelle ihrer Erblasser treten. [17])

9. Die Bücher und Schriften der aufgelösten Genossenschaft werden nach Beendigung der Liquidation einem Genossenschafter oder einem Dritten in Verwahrung gegeben. In Ermangelung einer gütlichen Uebereinkunft [18]) wird die Person, bei welcher die Verwahrung stattfinden soll, durch das Amtsgericht bestimmt. [19]) Die Genossenschafter und ihre Rechtsnachfolger haben das Recht auf Einsicht und Benutzung der Bücher und Papiere. Muss dem Verwahrer vertragsmässig eine Vergütung bezahlt werden, so ist diese im Voraus von den Liquidatoren aus der Masse zu gewähren, da mit dem Ende der Vertheilung eine fernere Gemeinschaft unter den Genossenschaftern nicht besteht.

---

[16]) Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts Bd. 1 § 60 sagt am Schlusse dieses Paragraphen: „Das nach Deckung der Schulden übrig bleibende Vermögen wird nach Verhältniss der Geschäftsantheile unter die ehemaligen Genossenschafter vertheilt." Dabei ist wohl nur die Bestimmung des Ges. § 47 lit. c. übersehen. Dieses sagt ganz bestimmt: „Die Vertheilung weiterer Ueberschüsse unter die Genossenschafter erfolgt in Ermangelung anderer Vertragsbestimmungen nach Köpfen."

[17]) Ist ein Reservefonds vorhanden, vielleicht auch sonstiges nicht aus erspartem Gewinn, sondern durch Zuwendungen angesammeltes Vermögen, so fällt dies gleichmässig den Mitgliedern zu, welche nur einen geringen Geschäftsantheil haben, wie denen, welche einen grossen Geschäftsantheil haben. Dieser Rechtssatz findet seine Rechtfertigung darin, dass auch die nach Erschöpfung des ganzen Vermögens zu deckenden Verluste gleichmässig nach Köpfen unter die Genossenschafter vertheilt werden. Ges. § 9 Abs. 2. — Wenn in diesem § 9 daneben gesagt ist, der Gewinn werde unter die Genossenschafter nach Höhe von deren Geschäftsantheilen vertheilt, so liegt darin gar kein Widerspruch mit § 47 lit. c. Man muss nur unterscheiden: zur Vertheilung kommenden Gewinn, Reservefonds, sonstiges Vermögen. Der Gewinn wird nach § 9, wie nach § 47 nach der Höhe der Geschäftsantheile vertheilt, der Reservefonds und das sonstige Vermögen kommt erst nach Auflösung der Genossenschaft zur Vertheilung, und diese geschieht nach Köpfen.

[18]) Das Ges. § 50 sagt: „gültigen", das H.G.B. Art. 145 „gütlichen". Ersteres beruht wohl nur auf einem Versehen.

[19] Ges. § 50 Abs. 2.

X. Das Vertheilungsverfahren.

§ 161.

1. Im Gegensatz zu der bei der **Liquidation** vorkommenden Vertheilung des Vermögens einer aufgelösten Genossenschaft und zu der Vertheilung der Konkursmasse unter die Gläubiger verstehen wir hier unter dem Vertheilungs-Verfahren, auch Umlage- oder Distributions-Verfahren genannt, das durch das Genossenschafts-Gesetz angeordnete Verfahren, durch welches die Genossenschafter genöthigt werden, diejenigen Summen, welche erforderlich sind, um die Genossenschaftsgläubiger, welche aus dem genossenschaftlichen Vermögen ihre Befriedigung nicht erhalten können, vollkommen zu befriedigen, aufzubringen.[1])

2. Dieses Verfahren berührt nicht die Rechte der **Gläubiger** gegen die Genossenschafter,[2]) auch nicht das Rechtsverhältniss der **Genossenschaft** zu ihren Mitgliedern, denn die Genossenschaft hat nicht das Recht, von ihren Mitgliedern mehr zu verlangen, als die Einzahlung der durch den Gesellschaftsvertrag festgesetzten Beiträge.[3]) Es berührt auch nicht das Rechtsverhältniss der Genossenschafter zu den bereits ausgeschiedenen oder ausgeschlossenen Mitgliedern oder zu den Erben verstorbener Mitglieder, sofern mit diesen bereits eine Auseinandersetzung stattgefunden hat, denn dadurch haben ihre aus dem Genossenschaftsrechte entsprungenen Rechte und Verbindlichkeiten — abgesehen von den Ansprüchen der Gläubiger aus der Solidarhaft — bereits ihre Erledigung gefunden.

Das Umlage-Verfahren berührt also lediglich die Beziehungen der Genossenschafter zu einander, welche bis zur Auflösung in der Verbindung geblieben und derjenigen, welche zwar ausgeschieden oder ausgeschlossen sind, sowie der Erben der gestorbenen Mitglieder, mit welchen aber eine Auseinandersetzung noch nicht stattgefunden hat.

Mittelbar kommt das Verfahren allerdings auch den vormaligen Mitgliedern, mit welchen schon eine Auseinandersetzung stattgefunden hat, zu Gute, indem

---

[1]) Ges. §§ 52—62.

[2]) Ges. § 62. „Durch das in den §§ 52—61 angeordnete Verfahren wird an dem Rechte der Genossenschaftsgläubiger, wegen der an ihren Forderungen erlittenen Ausfälle die Genossenschafter solidarisch in Anspruch zu nehmen, nichts geändert.“

[3]) v. Sicherer S. 308.

sie dadurch der Gefahr entgehen, auf Grund ihrer Solidarhaft bis zum Ablauf der Verjährungszeit die Schulden der Genossenschaft bezahlen zu müssen. Auch kommt es den Gesellschaftsgläubigern zu Gute, indem sie dadurch ohne Prozesse zu ihrer Befriedigung gelangen.

3. Dieses Verfahren findet seine Anwendung zunächst nach einem eingetretenen Konkursverfahren über das Vermögen der Genossenschaft.[4]) Nachdem das Konkursverfahren soweit gediehen ist, dass der Schlussvertheilungsplan feststeht,[5]) hat der Vorstand[6]) eine Berechnung (Vertheilungsplan) anzufertigen, aus welcher sich ergibt, wie viel jeder Genossenschafter zur Befriedigung der Gläubiger wegen der im Konkurs erlittenen Ausfälle beizutragen habe.[7]) — Diese Berechnung muss natürlich zuerst die Summen aufzählen, welche den Gläubigern noch gebühren. Sie bestehen einmal in den Ausfällen an den Forderungen der Gläubiger an Kapital und Zinsen bis zur Eröffnung des Konkurses, sodann in den Zinsen seit der Eröffnung des Konkurses und in den auf die Liquidation im Konkurse verwandten Kosten.[8]) Wie viel jene Ausfälle betragen, ist nur aus den Konkursakten zu ersehen, wie viel die Zinsen nach eröffnetem Konkurse, ist zu berechnen, wie viel die Kosten betragen, danach muss sich der Vorstand erkundigen. Die hieraus sich ergebende Gesammtsumme ist auf die Genossenschafter zu vertheilen. Diese Vertheilung ist eine sehr einfache, wenn nur die bis zur Eröffnung des Konkurses in der Genossenschaft gebliebenen Mitglieder diese Summe aufzubringen haben, denn hier wird sie nach Köpfen von sämmtlichen Mitgliedern aufgebracht.[9]) Aber es müssen auch die ausgeschiedenen Genossenschafter herangezogen werden, mit welchen noch keine Abrechnung stattgefunden hat, die aber nur für die bis zu ihrem Ausscheiden kontrahirten Schulden haften. Ferner kann die Genossenschaft Zweigniederlassungen gehabt haben und es kann statutenmässig bestimmt sein, dass die den Zweigniederlassungen angehörenden Genossenschafter den bei ihrem Etablissement eintretenden Verlust allein zu tragen haben. Es kann ferner in den Statuten bestimmt sein, dass die später beigetretenen Genossenschafter für

---

[4]) Darauf beziehen sich die §§ 52—58, 60—62 des Genossenschaftsgesetzes.

[5]) Nach der Konkursordnung §§ 150, 151 ist dieser Zeitpunkt erst nach Abhaltung des Schlusstermins eingetreten, und das Gericht beschliesst damit zugleich die Aufhebung des Konkursverfahrens. Statt der im Ges. § 52 gebrauchten Worte: „Nachdem das Konkursverfahren soweit gediehen ist, dass der Schlussvertheilungsplan feststeht", kann man daher jetzt sagen: Sobald das Konkursverfahren durch Abhaltung des Schlusstermins und durch Gerichtsbeschluss aufgehoben ist.

[6]) Alles, was hier und im Folgenden vom Vorstande gesagt ist, gilt auch von den Liquidatoren, wenn der Konkurs nach eingetretener Liquidation eröffnet ist. Ges. § 61. „Sind an die Stelle des Vorstandes Liquidatoren getreten, so gelten die Bestimmungen der §§ 52—60, insoweit sie den Vorstand betreffen, für die Liquidatoren."

[7]) Ges. § 52 Abs. 1.

[8]) Die Zinsen seit Eröffnung des Konkursverfahrens und die bezeichneten Kosten werden aus der Konkursmasse nicht bezahlt, Konkursordnung § 56 Ziffer 1 und 2, müssen aber nach beendetem Konkursverfahren von den Genossenschaftern bezahlt werden. Konkursordnung § 197.

[9]) Ges. § 9 Abs. 2.

die schon vorhandenen Schulden nicht haften sollen, welche Bestimmung im Verhältnisse der Genossenschafter zu einander gültig ist. [10])

Ueber die Frage, ob auch die ausgeschiedenen Mitglieder im Vertheilungs- oder Umlageverfahren heranzuziehen seien, herrscht übrigens in der Literatur und der Rechtsprechung keine Uebereinstimmung. — In dem dem Reichstage des Norddeutschen Bundes vorgelegten von Schulze-Delitzsch verfassten Gesetzentwurfe war (§ 52) vorgeschlagen, dass der Vorstand die zur vollen Befriedigung der Gläubiger fehlende Summe auf alle einzelne, **der Genossenschaft bei der Auflösung angehörigen, sowie die früheren** noch haftbaren Mitglieder vertheilen solle. In dem Berichte der Kommission des Reichstages vom 23. Mai 1868 wurde dieser Vorschlag gebilligt (Stenogr. Bericht über die Verhandlungen des Reichstags von 1868, Aktenstück Nr. 80 S. 297, 300). Der Reichstag nahm den Vorschlag an. Der Bundesrath holte aber noch ein Gutachten der Civilprozesskommission ein, welche anstatt des § 52 des Entwurfs 11 Paragraphen (52—62) vorschlug, welche ohne weitere Debatte im Reichstage angenommen und im publizirten Gesetze enthalten sind. Die oben hervorgehobenen Worte des Entwurfes:

„alle einzelne der Genossenschaft bei der Auflösung angehörigen, sowie die früheren noch haftbaren Mitglieder“,

sind in den jetzigen §§ 52—62 nicht enthalten. Dagegen heisst es im § 52, es solle sich aus der aufgestellten Berechnung (Vertheilungsplan) ergeben, wieviel **jeder Genossenschafter** beizutragen habe. **Schulze-Delitzsch** (Streitfragen im deutschen Genossenschaftsrecht, Heft 1 S. 28—43) hebt hervor, dass die **ausgeschiedenen** keineswegs gestrichen seien, sondern dass nur statt der beiden Klassen des Entwurfs ein allgemeiner Ausdruck gewählt sei, welcher beide Klassen enthalte. Danach seien die ausgeschiedenen mit heranzuziehen. Er richtet seine Ausführungen gegen **v. Sicherer** und **Parisius**, welche die entgegengesetzte Ansicht vertheidigt hätten. Doch ist letzteres nicht richtig. v. Sicherer sagt zu § 52 (S. 309), der ausgeschiedene oder ausgeschlossene Genossenschafter habe sich wegen seiner Verbindlichkeiten mit den übrigen Genossenschaftern schon im Zeitpunkte seines Ausscheidens oder seines Ausschlusses auseinandergesetzt. **Parisius** bemerkt S. 381: „Wir müssen v. Sicherer Recht geben, jedoch mit einer wichtigen Beschränkung, nämlich nur in Betreff derjenigen ausgetretenen oder ausgeschlossenen Genossenschafter, welche sich bereits mit den übrigen Genossenschaftern oder richtiger mit der fortbestehenden Genossenschaft auseinandergesetzt haben.“ **Schulze-Delitzsch** lässt a. a. O. S. 41 bis 43 ein Urtheil des vormaligen Appelationsgerichts zu Wiesbaden vom 9. Dezember 1876 abdrucken, in welchem die Ansicht, dass auch die ausgeschiedenen Mitglieder im Umlageverfahren heranzuziehen seien, geltend gemacht wird. — Dagegen hat das Reichsgericht in seinem Urtheile vom 12. Januar 1881 (Entsch. II [illegible] S. 10 u. f.) ausgesprochen, dass die ausgeschiedenen Genossenschafter im Umlageverfahren nicht heranzuziehen seien. Die Entscheidung stützt sich auf drei Gründe:

---

[10]) Ges. § 11 Abs. 3.

a. darauf, dass die im Entwurf enthaltenen Worte: „sowie die früheren" im Gesetze weggelassen seien;

b. auf die Bestimmung des § 56, wonach im Anfechtungsverfahren eines zur Deckung des Ausfalls herangezogenen Mitgliedes gegen die übrigen betheiligten Genossenschafter letztere durch den Vorstand vertreten werden, da dieser die ausgeschiedenen Mitglieder nicht zu vertreten habe;

c. auf die Schwierigkeit der Aufstellung des Vertheilungsplanes, welcher die Beiträge der ausgeschiedenen Genossenschafter mit darzustellen hätte, wogegen andernfalls jener Plan nur eine sehr einfache Berechnung enthalte.

Frägt man zuerst, weshalb die Civilprozesskommission die Worte „sowie die früheren" aus dem Entwurfe nicht aufgenommen habe, so ist nur daran zu erinnern, dass nicht bloss jene Worte, sondern auch die voraufgehenden „auf alle einzelnen, der Genossenschaft bei der Auflösung angehörigen Mitglieder" fortgelassen sind. Gerade diese Worte mussten der Civilprozesskommission unrichtig erscheinen, denn nach den Statuten oder Beschlüssen der Generalversammlung sind möglicherweise manche von diesen Mitgliedern nicht beitragspflichtig, z. B. die Mitglieder der Zweigvereine für die Defekte des Hauptvereins, oder umgekehrt die Mitglieder des letzteren für die Verluste des Zweigvereins (s. oben S. 838 Note 4). Das Gesetz legt im § 52 bloss Gewicht darauf, dass die einzelnen Mitglieder beitragspflichtig seien, ohne zu unterscheiden, ob sie in der Genossenschaft bis zu ihrer Auflösung geblieben oder gestorben, ausgeschieden, ausgeschlossen sind. — Dass nach § 56 im Anfechtungsverfahren die Verklagten vom Vorstande vertreten werden, ist eine singuläre aus Zweckmässigkeitsgründen hervorgegangene Rechtsbestimmung, ohne deren gesetzliche Feststellung der Vorstand weder die ausgeschiedenen, noch die in der Verbindung gebliebenen Mitglieder zu vertreten haben würde, denn der Vorstand vertritt nur die ideale Persönlichkeit der Genossenschaft aber nicht die Genossenschafter (s. oben S. 831). Unter Umständen mag wohl, wenn die ausgeschiedenen mit heranzuziehen sind, die Aufstellung des Vertheilungsplanes etwas schwieriger sein, wie im anderen Falle; aber der Zweck des Umlageverfahrens, die Regressklagen der Genossenschafter unnöthig zu machen, wird vereitelt, wenn man die ausgeschiedenen unberücksichtigt lässt, obwohl sie noch beitragspflichtig sind.

4. Nach Aufstellung dieses Vertheilungsplanes hat der Vorstand zunächst die beitragspflichtigen Genossenschafter aufzufordern, die von ihnen beizusteuernden Summen innerhalb einer von ihm zu bestimmenden Frist ihm einzuzahlen. Wird die Zahlung der Beiträge innerhalb dieser Frist nicht geleistet, so ist der Vertheilungsplan von dem Vorstande dem Konkursgerichte mit dem Antrage einzureichen, den Vertheilungsplan für vollstreckbar zu erklären. Dem Antrage ist eine Abschrift oder ein Abdruck des Gesellschaftsvertrages beizufügen.[11])

---

[11]) Ges. § 52 Abs. 2 Satz 2 sagt: „Dem Antrage ist eine Abschrift oder ein Abdruck des Gesellschaftsvertrages und ein Verzeichniss der Ausfälle der Gläubiger, sowie

5. Das Gericht setzt vor Fassung eines Beschlusses über diesen Antrag einen Termin an, um die Genossenschafter mit ihren Einwendungen gegen den Vertheilungsplan zu hören. [12]) Bei Vorladung der Genossenschafter ist eine Mittheilung des Planes nicht erforderlich; es genügt, dass derselbe drei Tage vor dem Termine zur Einsicht der Genossenschafter bei dem Gerichte offen liegt und dass dies denselben bei der Vorladung angezeigt wird. Von dem Termine ist auch der Vorstand in Kenntniss zu setzen. Die nochmalige Vorladung eines Betheiligten, welcher in dem Termine nicht erscheint, ist nicht erforderlich. [13])

6. Werden Erinnerungen erhoben, [14]) so ist das betreffende Sach- und Rechtsverhältniss in dem Termine thunlichst aufzuklären, soweit es zur vorläufigen Beurtheilung der Erheblichkeit der Erinnerungen erforderlich ist, [15]) der Richter kann aber auch fernere Termine zu weiteren Verhandlungen und Ermittelungen ansetzen, und vom Vorstand jede nähere Aufklärung und die Beibringung der in seinem Besitze befindlichen, zur Erledigung von Zweifeln dienenden Urkunden erfordern. [16]) Nach Abschluss des eingeleiteten Verfahrens unterzieht das Gericht den Vertheilungsplan einer näheren Prüfung, berichtigt den Plan, soweit nöthig, und erlässt hierauf den Beschluss, durch welchen derselbe für vollstreckbar erklärt wird. [17]) Gegen diesen Beschluss ist kein Rechtsmittel zulässig. [18]) Jeder Genossenschafter ist aber befugt, den für vollstreckbar erklärten Vertheilungsplan im Wege der Klage anzufechten. Die Klage ist gegen die übrigen betheiligten Genossenschafter zu richten; diese werden in dem Prozesse durch den Vorstand vertreten. Zuständig für diese Klage ist das

---

der nach dem Plane zu einem Beitrage verpflichteten Genossenschafter beizufügen.“ — Ist dieses Verzeichniss der Ausfälle und der beitragspflichtigen Genossenschafter schon im Vertheilungsplane enthalten, so braucht es natürlich nicht noch einmal abgesondert überreicht zu werden. — Aber das Verzeichniss der Rückstände muss daneben eingereicht werden, da nur in Betreff der rückständig gebliebenen Beiträge die Vollstreckbarkeitserklärung nachgesucht wird.

[12]) Zu diesem Termine sind nicht blos diejenigen Genossenschafter zu laden, welche ihre Beiträge nicht bezahlt haben, denn auch die übrigen haben wegen der gegen sie noch zu erhebenden Nachforderungen ein Interesse an der gerichtlichen Feststellung des Vertheilungsplans. Ges. § 53 Satz 1 sagt darum ganz allgemein, es seien die Genossenschafter mit ihren etwaigen Erinnerungen gegen den Plan in einem Termine zu hören.

[13]) Ges. § 53.

[14]) Diese können sich darauf beziehen, dass der Genossenschafter nicht verpflichtet sei, zu Verlusten beizutragen, welche erst nach seinem Ausscheiden eingetreten seien, oder dass gewisse Verluste von den Zweigvereinen allein, oder von anderen nicht herangezogenen Genossenschaftern mit zu tragen seien. Es können auch Irrthümer bei Berechnung der Beiträge geltend gemacht werden. — Dass jetzt zu deckende Verluste schon vor dem Eintritt des Genossenschafters entstanden sind, begründet keine Befreiung. Entsch. d. R.G. IV S. 106.

[15]) Ges. § 53 letzter Satz.

[16]) Ges. § 54 Abs. 1 Satz 2.

[17]) Ges. § 54 Abs. 1 Satz 1.

[18]) Ges. § 54 Abs. 3.

Gericht, bei welchem die Genossenschaft ihren allgemeinen Gerichtsstand hat.[19]) Durch die Anstellung dieser Klage wird aber die Zwangsvollstreckung gegen die Kläger nicht gehemmt.[20])

7. Der Vorstand ist befugt und verpflichtet, die nach dem für vollstreckbar erklärten Vertheilungsplan zu zahlenden Summen von den Genossenschaftern im Wege der Zwangsvollstreckung einziehen zu lassen.[21]) Hat die Zwangsvollstreckung gegen einzelne Genossenschafter nicht zur Einziehung oder nicht zu vollständiger Einziehung der schuldigen Summen geführt, so ist vom Vorstande ein neuer Vertheilungsplan anzufertigen, nach welchem die unbezahlt gebliebenen Beträge von den übrigen Genossenschaftern zu entrichten sind. Der Vorstand fordert zunächst aussergerichtlich zur Zahlung dieser Summen in bestimmter Frist auf, und wendet sich, soweit die Einzahlung nicht erfolgt ist, an das Konkursgericht mit dem Antrage, diesen zweiten Vertheilungsplan für vollstreckbar zu erklären. Ueber diesen Antrag wird ganz ebenso wie über den ersten Antrag verhandelt und entschieden.[22])

8. In Folge vergeblicher Exekution gegen beitragspflichtige Genossenschafter kann ein dritter, vierter und fernerer Vertheilungsplan nothwendig werden.[23]) Das Gesetz enthält hierüber keine Bestimmung. Doch ist nach der Absicht des Gesetzgebers anzunehmen, dass auch über jeden dieser späteren Vertheilungspläne ganz in derselben Weise, wie über die früheren, verhandelt und entschieden werde.

Ein neuer Vertheilungsplan kann auch dadurch nöthig werden, dass einzelne Genossenschafter im Prozesswege eine völlige oder theilweise Befreiung von der Beitragspflicht erstritten haben. War ohnehin wegen des Ausfalles im Exekutionsverfahren ein neuer Vertheilungsplan aufzustellen, so sind diese im Prozesswege herbeigeführten Ausfälle mit zu berücksichtigen.

---

[19]) Ges. § 56, Civilprozessordnung § 23.

[20]) Ges. § 56 letzter Satz.

[21]) Ges. § 55 Abs. 3.

[22]) Ges. § 57.

[23]) Ein Beispiel mag die Nothwendigkeit der mehrfachen Wiederholung erläutern. Der zu deckende Ausfall beträgt 400 000 M., und ist auf 400 Genossenschafter zu vertheilen:

Erster Gang. 200 zahlen, jeder 1000 M., die übrigen Verpflichteten sind vergeblich exequirt;

zweiter Gang. 200 000 M. werden auf 200 Personen repartirt, 100 zahlen, Jeder wiederum 1000 M., die Anderen haben nichts mehr;

dritter Gang. 100 000 M. sollen von den 100 bis jetzt zahlfähig gebliebenen Personen eingezogen werden, es geschieht von 40 Personen, deren jede nochmals 1000 M. einzahlt;

vierter Gang. Der Rest von 60 000 M. vertheilt sich unter 40 Personen à 1500 M., es zahlen 20;

fünfter Gang. Es wird versucht, von diesen 20 Personen den Rest mit 30 000 M. einzuziehen, es zahlen 10 à 1500 M.;

9. „Der Vorstand ist zur Erhebung der von den Genossenschaftern zu entrichtenden Beiträge berechtigt und zur bestimmungsmässigen Verwendung derselben verpflichtet“.[24]) Die bestimmungsmässige Verwendung besteht in Bezahlung sämmtlicher Forderungen der Gläubiger, soweit dieselben aus der Konkursmasse nicht befriedigt sind. Das Gesetz bestimmt nichts darüber, welche dieser Forderungen zunächst zu berücksichtigen sind oder ob die Gelder wie sie successive eingehen, unter die Gläubiger pro rata ihrer Forderungen zu zahlen sind. Dem Vorstande ist daher hier freie Hand gelassen, weshalb er das den Umständen nach zweckmässigste Verfahren zu wählen hat.[25])

10. Wenn der Vorstand die ihm bei diesem Vertheilungsverfahren obliegenden Verpflichtungen zu erfüllen ausser Stande ist oder deren Erfüllung versäumt, so kann das Gericht auf den Antrag eines Genossenschafters einen oder mehrere Genossenschafter oder auch andere Personen mit den Verrichtungen des Vorstandes beauftragen.[26])

11. Das bisher dargestellte Vertheilungsverfahren kommt auch dann zur Anwendung, wenn das Vermögen der Genossenschaft zur Befriedigung der Gläubiger sich als unzureichend erweist, ohne dass die Eröffnung des Konkurses erfolgen kann.[27]) Dies tritt ein a) wegen Mangels einer den Kosten des Verfahrens entsprechenden Konkursmasse,[28]) b) wenn die Genossenschaft aufgelöst und das Vermögen derselben schon vertheilt ist,[29]) und diesen Fällen muss c) der Fall gleichgestellt werden, wenn das Konkursverfahren zwar eröffnet, aber vom Gericht wegen mangelnder Masse die Einstellung des Verfahrens durch Beschluss verfügt ist.[30])

Die bei dem nach beendetem Konkursverfahren eintretenden Vertheilungs-

---

sechster Gang. Der Rest von 15000 M. soll von diesen zehn Personen eingezogen werden, es zahlen nur zwei Personen, zusammen 3000 M. Dann muss im siebenten Gange der Rückstand von 12000 M. von diesen zwei Personen eingezogen werden. Was der eine nicht zahlen kann, fällt dem letzten zur alleinigen Tragung zur Last.

[24]) Ges. § 58.

[25]) Die Strafbestimmungen in der Konkursordnung §§ 209—211 treffen diese Auszahlungen nicht, ebensowenig greifen hier die Grundsätze der Paulianischen Klage ein. Im Allgemeinen möchte es sich empfehlen, die kleineren Forderungen vor den grösseren zu bezahlen, um die Gefahr zu vermeiden, dass eine Anzahl von Gläubigern klagend gegen einzelne Genossenschafter vorgehe. Man könnte ferner meinen, die drängenden Gläubiger seien vor den nachsichtigeren zu befriedigen, doch könnte dieses dahin führen, dass die Gläubiger drängen, vielleicht sogleich mit Klagen vorgehen, wozu sie zwar berechtigt sind, was aber gerade durch das Vertheilungsverfahren möglichst vermieden werden soll.

[26]) Ges. § 60.

[27]) Ges. § 59.

[28]) Konkursordnung § 99.

[29]) Konkursordnung § 193 Abs. 2, § 195 Abs. 2.

[30]) Konkursordnung § 190.

verfahren dem Konkursgerichte zustehenden Rechte werden in diesen drei Fällen von dem Gerichte ausgeübt, bei welchem die Genossenschaft ihren allgemeinen Gerichtsstand hatte.[31])

---

[31]) Ges. § 59. — Zwar wird hier der im Text unter c. aufgeführte Fall nicht mit genannt. Aber da das Konkursgericht die Einstellung des Konkursverfahrens verfügt hat, so muss dies in Betreff des Vertheilungsverfahrens wohl die Wirkung haben, wie wenn das Konkursverfahren gar nicht eröffnet wäre. Die Frage hat kein praktisches Interesse, da nach dem jetzt geltenden Rechte das Konkursgericht dasselbe Amtsgericht ist, bei welchem die Genossenschaft ihren allgemeinen Gerichtsstand hatte.

XI. Die Verjährung.

§ 162.

1. Die Klagen der Gläubiger gegen die Genossenschaft, die Klagen der Genossenschaft gegen die Genossenschafter, und die Klagen der letzteren gegen erstere stehen unter den allgemeinen Grundsätzen der Klagenverjährung.

2. Besondere Rechtssätze sind nur aufgestellt für die Klagen der Genossenschaftsgläubiger gegen die Genossenschafter und ihre Erben, mit welchen die Gläubiger ihr Recht aus der subsidiären Solidarverbindlichkeit der Genossenschafter geltend machen. [1])

3. Diese Klagen verjähren regelmässig in zwei Jahren. Sie verjähren in kürzerer Frist, wenn die Klagen gegen die Genossenschaft selbst in einer kürzeren Zeit verjähren. [2])

4. Der Lauf der Verjährung beginnt:

a. zu Gunsten der bei Auflösung der Genossenschaft zu derselben noch gehörenden Mitglieder mit dem Tage, an welchem die Auflösung in das Genossenschaftsregister eingetragen ist,

b. zu Gunsten der ausgeschiedenen oder ausgeschlossenen Genossenschafter mit dem Tage, an welchem das Ausscheiden oder der Ausschluss dem Registergerichte angezeigt ist.

5. In beiden Fällen beginnt der Lauf der Verjährung mit dem genannten Zeitpunkt, wenn die Forderung des Gläubigers schon fällig war. Andernfalls beginnt der Lauf erst mit dem Zeitpunkte der Fälligkeit der Forderung. Bei kündbaren Forderungen wird die Kündigungsfrist der Verjährungsfrist hinzugerechnet, [3]) wenn bei Beginn der letztern die Forderung noch nicht gekündigt war. [4])

6. Die Verjährung zu Gunsten des bei der Auflösung der Genossenschaft noch zu derselben gehörenden Genossenschafters wird durch Rechtshandlungen

---

[1]) Ges. §§ 63—65.

[2]) Ges. § 63 Abs. 1.

[3]) Ges. § 63 Abs. 2.

[4]) Norddeutsches Bundesgesetzblatt Nr. 19 von 1869, Seite 168. Danach ist der Druckfehler im § 63 Abs. 2 berichtigt; der Schlusssatz soll lauten: „Bei kündbaren Forderungen tritt die Kündigungsfrist der Verjährungsfrist hinzu, ohne dass gekündigt zu sein braucht“ — Parisius, Die Genossenschaftsgesetze S. 390, 391. War zu der im Text genannten Zeit schon gekündigt, die Kündigungsfrist aber noch nicht abgelaufen, so beginnt die Verjährung mit dem Ablaufe der Frist.

**

gegen die Liquidatoren unterbrochen;[5]) sie wird ferner unterbrochen durch Rechtshandlungen gegen die Konkursmasse. Als solche gilt schon die Anmeldung der Forderung im Konkurse der Genossenschaft.

7. Die Verjährung zu Gunsten eines ausgeschiedenen oder ausgeschlossenen Genossenschafters wird durch Rechtshandlungen gegen die fortbestehende Genossenschaft [6]) und durch Anmeldung der Forderung im Konkurse der Genossenschaft [7]) unterbrochen. [8])

Dagegen wird die Verjährung zu Gunsten der unter 6. und 7. genannten Genossenschafter nicht durch Rechtshandlungen gegen andere Genossenschafter unterbrochen.[9])

8. Diese Verjährung läuft auch gegen Minderjährige und bevormundete Personen, sowie gegen juristische Personen, denen gesetzlich die Rechte der Minderjährigen zustehen, ohne Zulassung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, jedoch mit Vorbehalt des Regresses gegen die Vormünder und Verwalter. [10])

9. Die zweijährige Verjährung kann dem Gläubiger nicht entgegengesetzt werden, sofern er seine Befriedigung nur aus dem Genossenschaftsvermögen sucht. [11])

---

[5]) Ges. § 64 Abs. 2. Es ist hier nicht von Rechtshandlungen mit den Liquidatoren, sondern gegen dieselben die Rede. Darum dürfen hier nicht Zinsenzahlungen, Abschlagszahlungen, Anerkennungsverträge für genügend erachtet werden, obwohl durch sie die Verjährung der Klage gegen die Genossenschaft unterbrochen wird. — Es genügt ferner nicht die Anmeldung der Forderung bei dem Vorstande oder den Liquidatoren, und die aussergerichtliche Mahnung, durch welche Handlungen nicht einmal die Verjährung der Klage gegen die principaliter verpflichtete Genossenschaft unterbrochen wird. — Als Rechtshandlungen gegen die Liquidatoren sind anzusehen: die Zustellung der Klage, Civilprozessordnung §§ 230, 239, oder eines Zahlungsbefehls, Civilprozessordnung § 633.

[6]) Ges. § 64 Abs. 1.

[7]) Einführungsgesetz zur Konkursordnung § 3 Ziffer 3.

[8]) Durch Anerkennung dieser Rechtssätze wird die Anomalie abgeschwächt, die darin liegt, dass die Verjährung der Klagen gegen die Genossenschafter schon während der Zeit läuft, zu welcher dieselben noch gar nicht geltend gemacht werden konnten. Ges. § 12 Abs. 1. Es kann der Gläubiger der Genossenschaft Kredit gewährt haben gerade mit Rücksicht auf einzelne vermögende Mitglieder; als vigilanter Gläubiger hat er sich bisweilen zu erkundigen, ob diese Mitglieder ausgeschieden sind, und dann zeitig Rechtshandlungen gegen die Genossenschaft vorzunehmen, dieselbe zu verklagen, um zu seiner Befriedigung zu gelangen. Kann diese nicht erreicht werden, so liegt es in seiner Hand, den Zustand herbeizuführen, welcher ihn nach Ges. § 12 zur Geltendmachung der Solidarhaft gegen die Mitglieder berechtigt. — In einem Urtheile des Reichsgerichts (Entsch. v. 1880 II, 9) wird ausgeführt, dass diese Unterbrechung der Verjährung schon nach § 64 des Genossenschaftsgesetzes anzunehmen sei. Dann muss eine Unterbrechung auch durch Rechtshandlungen gegen die Liquidatoren angenommen werden. Dass diese Ansicht zweckmässig, aber dem Gesetze widersprechend sei, behauptet Schulze-Delitzsch, Streitfragen S. 44 u. f.

[9]) Ges. § 64 Abs. 1 und Abs. 2.

[10]) Ges. § 65.

[11]) Ges. § 63 Abs. 3. „Ist noch ungetheiltes Genossenschaftsvermögen vorhanden, so kann dem Gläubiger die zweijährige Verjährung nicht entgegengesetzt werden, sofern er seine Befriedigung nur aus dem Genossenschaftsvermögen sucht."

Pierer'sche Hofbuchdruckerei. Stephan Geibel & Co. in Altenburg.

